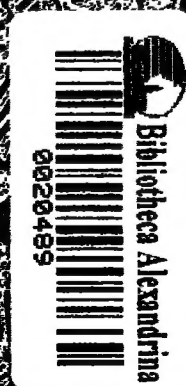


الكتاب المصنف

في
احكام العترة الطاهرة

تأليف
الشيخ الفقيه الميرزا محمد باقر
مستوفى درجته في العلوم الشرعية

دار الأضواء
بيروت







الحَدَائِقُ الْبَصَائِرُ

في أحكام العترة الطاهرة

تأليف

الشيخ المحدث الشيخ يوسف الجزائري

المتوفى ١١٨٦ هـ

حقيقته وعلق عليه ، محمد تقي الآيرواني

الجزء الحادي والعشرون

دار الأختار

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الثانية المصححة
١٩٨٥ - ١٤٠٥ هـ

دار الأضواء

بيروت - الغبيرة - مشارف عبد الله الحاج - بناية النهضة
ص.ب. ٢٥/٤٠ - بريقيا، الغبيرة - حائل

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

كتاب الضمان

اعلم أن الضمان عند الفقهاء لفظ مشترك يطلق على معنيين أحدهما أخص من الآخر والمعنى الأعم عبارة عن عقد شرع للتعهد بمال أو نفس، والتعهد بالنفس هو الكفالة والتعهد بالمال أن كان ممن في نعمته مال فهو الحوالة والآخر الضمان بالمعنى الأخص إلا أن في هذا المقام اشكالا من حيث الخلاف في الحوالة، وأنه هل يشترط فيها شغل النعمة أم لا قولان: والأقسام الثلاثة إما تتم بناءً على الأول وأما على الثاني فهي داخلة في الضمان بالمعنى الأخص. والمحقق في الشرايع مع قوله بعدم اعتبار شغل لنعمة المعطال عليه للمحيل قائل بالتقسيم إلى الأقسام الثلاثة، وهو جعل الحوالة قسيماً للضمان بالمعنى الأخير وهو مشكل لما عرفت ولا مخرج من هذا الاشكال إلا بجعل التقسيم مخصوصاً بمحل الوفاق، أو باعتبار القسم الآخر للحوالة، وهو - تعهد مشغول النعمة للمحيل، فيكون هو أحداً للأقسام الثلاثة خاصة، ويكون القسم المشترك ذاهبتين من حيث تسميته هنا ضمناً خاصاً وحوالة، فيسهل الخطب بذلك.

وكيف كان فالمراد هنا عندنا بالضمان هو المعنى الاخص وهو التعهد بالمال من البريء وللميتادر من اطلاق لفظ الضمان في كلامهم هو المعنى الاخص و لهذا ان جملة منهم أفراد لكل من الثلاثة كتاباً عليحدة وبعض لاحظ المعنى الاعم، و جعل الثلاثة في كتاب واحد، وقسمه الى الاقسام الثلاثة كالمحقق في الشرايع، و العلامة في الارشاد وغيرهما في غيرهما، وعلى هذا النهج جرينا في هذا الكتاب، وحينئذ فالبحت في هذا الكتاب يقع في مقاصد ثلاثة الاول في الضمان بالمعنى الاخص وهو التعهد بالمال من البريء و فيه بحوث ثلاثة :

الاول - في الضامن : والكلام فيه يقع في مواضع ، أحدها - لاخلاف في أنه يشترط في الضامن جواز التصرف المالي، فلايصح ضمان الصبي ولا المجنون، بل الغافل والساهي أيضاً، والظاهر أنه لاخلاف فيه كما ذكره بعضهم، والظاهر أن السفه المحبور عليه لسفه كذلك، وبه صرح في التذكرة وغيرها.

و أما المملوك فان ضمن بغير اذن سيده ففي صحته قولان : أحدهما - وبه قطع المحقق في الشرايع من غير نقل خلاف - العدم، وهو قول الشيخ وابن الجنييد، واستدلوا عليه بأن العبد لايقدر على شيء - كما وصفه الله تعالى (١) وذمته مملوكة للمولى ، فلا يملك اثبات شيء فيها الا باذنه .

وقيل: بالصحة ، واختاره العلامة في المختلف، وقربه في التذكرة ، وعلل باتقاء الضرر على المولى، لان استحقاق المطالبة له بما يستقر في ذمته بعد العتق لاضرر فيه، كما لو استدان بغير اذن سيده، وأجاب في المختلف عن الآية بأن المراد بالشيء المال، لقوله في مقابلته : - «ومن رزقناه منا رزقاً حسناً» والمسألة محل توقف واشكال، وان كان ضمانه باذن سيده، فانه يصح اجماعاً كما ذكره العلامة في المختلف.

لكن بقي الكلام فى أنه لو أطلق له الاذن و لم يشترط له الاداء من كسبه ، ولا الصبر الى أن يعتق ، فهل يتعلق بفعته أم بكسبه ، قولان : قال فى المبسوط : قيل : انه يتعلق بكسبه ، وقيل : انه يتعلق بفعته ، وان عينه فى فعته أو كسبه أو غيرهما من امواله تعين ، و وجب قضاءه ، ولم يرجع الشيخ هنا شيئاً من القولين المذكورين ، وعلل القول الاول بأن اطلاق الضمان أعم من كل منهما ، والعام لا يدل على الخاص ، فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه فى ملكه ، وكسبه ملكه ، و لان الاذن فى الكلى ليس اذنًا فى الجزئى المعين ، وان كان لا يوجد الا فى ضمنه كما حقق فى الاصول ، وعلل القول الثانى بأنه انما يتعلق بكسبه ، لان اطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذى يستعقب الاداء ، فانه المعهود ، والاداء من غير مال السيد يمتنع ، وكذا فى مال غير الكسب ، والا لكان هو الضامن للعبد ، وهو خلاف التقدير فيكون فى كسبه ، قال فى المسالك : والبحث فى ذلك قريب مما لو أذن له فى الاستدانة فينبغى ترتب قول ثالث ، وهو ان الضمان يتعلق بالمولى ولا يختص بكسب العبد ، ولعله أقوى . انتهى .

أقول : هذا القول الثالث مستقر على حمله هذه المسألة على مسألة الاذن فى الاستدانة ، فانه لا اشكال فى كون ذلك على السيد ، سواء كان الاستدانة للعبد أو السيد كما تخدم تحقيقه فى كتاب الديون ، وحينئذ فيتجه هنا هذا القول الثالث بناء على ذلك ، وهو قريب من حيث الاعتبار ، لان الاذن فى الضمان فى معنى الاذن فى الاستدانة ، الا أن المسألة لخلوها من النص بجميع شقوقها محل اشكال . والله العالم

الثانى - هل يشترط علم الضامن بالمضمون له ، والمضمون عنه ، ومعرفةهما بنسبهما أو وصفهما ، قيل : نعم ، وقيل : لا يشترط ، وقيل : يشترط معرفة المضمون عنه دون معرفة المضمون له ، والقول الاول - للشيخ فى المبسوط ، والثانى له أيضاً فى الخلاف ، وهو اختيار المحقق فى الشرايع ، والشهيد ، والعلامة فى غير المختلف ، والشهيد الثانى فى المسالك وجماعة ، والثالث للعلامة فى المختلف ، وعلى القول

الثاني فانه وان لم يشترط المعرفة على الوجه المتقدم، لكن يشترط عندهم ان يمتاز المضمون عنه عند الضمان بما يصح معه القصد الى الضمان عنه .

استدل العلامة في المختلف على اشتراط معرفة المضمون عنه قال: لنا ان المضمون عنه لابد وأن يتميز عند الضامن، ويتخصص عن غيره ليقع الضمان عنه ، وذلك يستدعي العلم به .

وما رواه أبو سعيد الخدري (١) « قال كنا مع رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في جنازة فلما وضعت قال (صلى الله عليه وآله) : هل على صاحبكم من دين؟ قالوا : نعم، درهمان ، فقال : صلوا على صاحبكم، فقال علي (عليه السلام) : هما على يا رسول الله وأنا لهما ضامن ، فقام رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فصلى عليه، ثم أقبل على علي فقال : جزاك الله عن الاسلام خير أو فك رهاك كما فككت رهاك أخيك » .

وروى جابر بن عبد الله (٢) « أن النبي (صلى الله عليه وآله) كان لا يصلى على رجل عليه دين فأتى بجنازة فقال : هل على صاحبكم دين؟ فقالوا : نعم ديناران ، فقال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما علي يا رسول الله قال : فصلى عليه فلما فتح الله على رسوله ، قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالا فلو رقتة من ترك ديناً فعلي » .

وهما يدلان على صحة الضمان مع عدم العلم بالمضمون له ، ثم قال : احتج الشيخ في الخلاف بالحديثين ، « فان النبي صلى الله عليه وآله لم يسأل علياً (عليه السلام) ولا أبلقادة عن صاحب الدين ولا الميت ، فلا يشترط علمهما وعلى قوله في المبسوط بأنه يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل المعاملة أم لا ، ومع اتفاق ذلك يتطرق الفرر ، ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق بذلك عليه أم لا .

١- الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من ابواب أحكام الضمان الرقم ٢ .

٢- الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من ابواب أحكام الضمان الرقم ٣ .

ثم قال: والجواب عن الاول القول بالموجب في المضمون له، وأما المضمون عنه فانه متعين لتسخيصه، وحضوره عنده، ولا يشترط علمه بنسبه ولا حاله، والقرار ليس بمعتبر، اذ لا يشترط علمه حال الضمان بحسن معاملة المضمون له وعنده، و ان علمه بعينه اجمالاً فلو كان القرار معتبراً كان العلم بهذا الوصف شرطاً، وليس كذلك بالاجماع انتهى.

أقول: وبذلك علم حجج هذه الاقوال المذكورة في المقام، وهي عند التحقيق لا اعتماد عليها في تأسيس الاحكام، أما قوله لنا: ان المضمون عنه الى آخره، ففيه أولاً أنه مصادرة محضة، لان هذا عين المدعى، ومع تسليمه فانه يكفي التميز بوجه ما، كما اعترف به القائلون بعدم الاشتراط بالنسبة الى المضمون عنه، وبه يظهر ضعف قوله وذلك يستدعي العلم به .

وأما الخبران المذكوران فانهما وان ذكرهما الشيخ في الخلاف، الا أن الظاهر أنهما من روايات العامة، فانهم كثيراً ما يستسقون رواياتهم، ولا سيما الشيخ في الكتاب المذكور، فلا تقوم بهما حجة، ومع تسليم صحتها فاما بالدلالة على عدم - في كل من المضمون له، وعنه - أقرب، كما ذكره الشيخ في الخلاف، حيث استدلل بهما على ذلك بالتقريب الذي تقدم نقله عنه . (١)
وأما ما استدلل به الشيخ في المبسوط فهو أظهر ضعفاً من أن يتعرض لبيان،

١ - أقول: هذان الخبران وان لم ينقلا في كتب اخبارنا، لكن في بعض الاخبار ما يشير الى ذلك، كصحيفة معاوية بن وهب قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): أنه ذكر لنا أن رجلاً من الانصار مات وعليه ديناران ديناً فلم يصل عليه النبي (صلى الله عليه وآله) وقال صلوا على صاحبكم حتى ضمنهما عنه بعض قرابته قال ابو عبد الله (عليه السلام) ذلك الحق ثم قال ان رسول الله (صلى الله عليه وآله) انما فعل ذلك ليتظنوا وليد بعضهم على بعض كولا يستخفوا بالدين . الحديث . الوسائل ج ١٣ ص ٧٩ الباب ٢ من ابواب الدين والقرض الرقم ١ - وقد تقدم في صدر كتاب الدين - منه رحمه الله .

ولو صح بناء الاحكام الشرعيه على مثل هذه التعليقات الواهية لاتسع المجال و الكلام فى تشريع الاحكام مع استفاضة النصوص عن ذوى الخصوص بالمنع من القول فيها الا بما ورد عنهم (عليهم السلام) والا فالسكوت، وما اجاب به فى المختلف عن حجة المبسوط - بالنسبة الى المضمون عنه بأنه متعين لتشخصه وحضوره عنده - انما يتم بالنسبة الى مورد التجريبن، والمدعى أعم من ذلك .

وبالجملة فان الاعتماد فى تأسيس الاحكام على مثل هذا الكلام مجازفة محضة فى أحكام الملك العلم، والعجب منهم (رضوان الله عليهم) أنهم يطعنون فى الاخبار المتفق على روايتها فى الاصول المشتهرة المعتمدة، بناء على الاصطلاح المحدث، ويقولون هنا على نقل هذه الروايات الواهية التى هى كبيت العنكبوت، وأنه لاوهن البيوت مضاهية .

وبذلك يظهر لك أن الأصح من هذه الأقوال هو القول بعدم الاشتراط مطلقاً، وما يدل صريحاً على عدم معرفة المضمون له ما رواه فى الكافي عن فضيل وعنيد (١) عن ابي عبد الله (عليه السلام) « قال : لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم : لقد عرفتم قرابتى ومنزلتى منكم ، وعلى دين فأحب أن تقضوه عني ، فقال على بن الحسين (عليهما السلام) ثلث دينك على ، ثم سكت وسكتوا ، فقال على بن الحسين (عليهما السلام) على دينك كله ، ثم قال على بن الحسين (عليهما السلام) أما انه لم يمنعنى أن أضمنه او لا الا كراهة أن يقولوا : سبقنا وهذا الخبر كما أنه يدل على عدم اشتراط معرفة المضمون له ، كذلك يدل على عدم اشتراط معرفة قدر الدين ، وسيأتى الكلام فيه انشاء الله تعالى ، والاصحاب القائلون بعدم الاشتراط مطلقاً عللوا عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه بأن الضمان وفاء دين عنه ، وهو جازى عن كل مديون .

وأما المضمون له فان اعتبر فيه القبول لفظاً كما هو مقتضى العقد اللازم ،

اقتضى ذلك تميزه وان لم يعتبر، فانه لا يعتبر العلم به .
 أقول: الاظهر في الاستدلال على ذلك هو التمسك باصالة العدم حتى يقوم
 دليل على الاشتراط في المضمون عنه، أو المضمون له .
 وأما اعتبار القبول وأنه لا بد من عقد يشتمل عليه فقد عرفت من الخبر المذكور
 ما يدفعه، فانه (عليه السلام) بمجرد اخبار محمد المذكور أن عليه ديننا ضمنه من
 غير فحص، ولا علم صاحب الدين بالكلية، ولا علم بقدر الدين، وكذلك يؤيده الخبران
 المتقدمان هذا .

وأما ما ذكره القائلون بهذا القول - من اشتراط امتياز المضمون عنه عند
 الضامن ليصح معه القصد الى الضمان عنه كما قدمنا نقله عنهم .
 فقيل: ان وجهه أن الضمان يتوقف على القصد، وهو متعلق بالمضمون عنه
 والحق، فلا بد من تميزه بوجه تزول عنه الجهالة ليتمكن القصد اليه .
 وأورد عليه بأنه يشكل بمنع توقف القصد على ذلك، فان المعتبر القصد الى
 الضمان، وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له في الذمة، وهو غير متوقف
 على معرفة من عليه الدين، والدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد، لا في من
 كان عليه الدين، فلو قال شخص مثلاً: انى استحق في ذمة شخص مائة درهم، فقال له
 آخر: ضمنتها لك، كان قاصداً الى عقد الضمان، على أى من كان الدين عليه، ولا
 دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك .

و الى ذلك مال في التذكرة حيث قال : «وهل يشترط معرفة ما يميزه عن
 غيره؟ الاقرب العدم، بل لو قال: ضمننت الدين الذى لك على من كان من الناس
 جاز . نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن، بما
 يمكن القصد معه الى الضمان عنه، لو لم يقصد الضمان عن أى من كان . انتهى
 أقول: ما حكموا به من صحة الضمان وثبوته في هذه الصورة بمعنى على أى
 من كان من الناس لم أقف فيه على نص يدل عليه، أو يشير اليه، والمفهوم من الروايات

الواردة في هذا الباب انما هو اعتبار معرفة المضمون عنه ولو بوجه ما ، والحكم بالصحة فيما ذكره يتوقف على الدليل ، لان الاصل براءة الذمة ، والحكم باشتغالها يحتاج الى دليل واضح ، والركون الى هذه التعليقات العلية مجازفة محضنة كما عرفت ، ودعوى العموم في بعض روايات الضمان - على وجه يشمل هذه الصورة - ممنوعة ، وبذلك يظهر أن الاظهر في الاحتجاج على اعتبار ذلك انما هو كونه هو الوارد في النصوص ، لا ما عللوا به من القصد الذي تطرقت اليه هذه المناقشة . والله العالم .

الثالث - المشهور عند الاصحاب اشتراط رضا المضمون له في صحة الضمان ، ودللوه بأن حقه يتحول من نعمة غريمه الى نعمة الضامن ، والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء ، فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر والفرر ، ونقل عن الشيخ قول بعدم اشتراط رضاه ، محتجاً بأن علياً (عليه السلام) وأباقتادة ضمنا الدين عن الميت ، ولم يسأل النبي (صلى الله عليه وآله) عن رضا المضمون له ، وأجيب بأنها واقعة لا عموم لها ، وأن ذلك انما يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه ورده ، ونحن نقول بموجبه ، لانه صحيح ، ولكن لا يلزم الا برضا المضمون له .

أقول : والذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه ثقة الاسلام والشيخ نور الله تعالى مرقيهما عن عبدالله بن سنان (١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء ، فقال : اذا رضى به الغرماء فقد برئت نعمة الميت .

ورواه في الفقيه (٢) عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح الثوري عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله ، والحسن بن صالح زيدى ضعيف ، والخبر المذكور ظاهر في الدلالة على القول المشهور ، وبه استدلل جملة من أصحابنا المتأخرين من غير أن ينقلوا له معارضا في ذلك ، مع وجود المعارض في الاخبار ، بل تعدده كما

١- التهذيب ج ٦ ص ١٨٧ ح ١٧ وفروع الكافي ج ٥ ص ٢٩٩ ح ٢

٢- الفقيه ج ٣ ص ١١٦ ح ٢٣

ستقف عليه .

ومثل هذا الخبر قول الرضا (عليه السلام) في كتاب فقه الرضوى (١) حيث قال (عليه السلام) : «وان كان لك على رجل مال، وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قد برء وقد لزم الضامن رده عليك» .

ومنها ما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن اسحاق بن عمار (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه : علي دينك قال : يبرئه ذلك ، وان لم يوفه وليه من بعده ، وقال : أرجو أن لا يأتهم ، وانما ائمه على الذي يحبس ،

وما رواه في الكافي والتهذيب عن الحسين بن الجهم في الموثق قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات وله على دين ، وخلف ولداً رجلاً ونساءً و صبياناً ، فجاء رجل منهم فقال : أفت في حل مما لا يبي عليك من حصتي وأفت في حل مما لاخوتي وأخواني ، وأنا ضامن لرضاهم عنك ، قال : تكون في سعة من ذلك وحل ، قلت فان لم يعطهم ؟ قال : كان ذلك في عنقه ، قلت : فان رجع الورثة على فقالوا : اعطنا حقنا ، فقال : لهم ذلك في الحكم الظاهر ، فأما بينك وبين الله عز وجل فأنت منها في حل اذا كان الرجل الذي أحل لك يضمن لك عنهم رضاهم فيحتمل الضامن لك ، الحديث (٣) والخبران المذكوران ظاهراً للدلالة ، صريحاً المقالة ، ولا سيما الثاني في صحة الضمان ولزومه ، من غير توقف على رضا المضمون له ، فان الثاني صريح في أنه مع عدم الرضا ، فان الضمان لازم ، وقد ذكرنا في هذا الخبر جملة من الفوايد

١- المستدرک ج ٢ ص ٩١ ٢- التهذيب ج ٦ ص ١٨٨ ح ٢٢

٣- فروع الكافي ج ٧ ص ٢٥ كتاب الوصايا ح ٧ ، وفي التهذيب ج ٩ ص ١٦٧ كتاب الوصايا ح ٢٨ - اذا كان الرجل الذي حلك يضمن عنهم رضاهم فيحتمل لما ضمن لك ، وفي الوسائل ج ١٣ ص ١٥٢ الباب ٤- من ابواب أحكام الضمان - اذا كان الرجل الذي حلك يضمن عنهم رضاهم فيحتمل لما ضمن لك .

الزائدة على محل الاستدلال في كتاب الديون .

و يدل على ذلك أيضاً ما رواه الشيخ في الصحيح عن حبيب الخثعمي و الصدوق في القتيه عن ابن ابي عمير عن حبيب الخثعمي عن ابي عبدالله (عليه السلام) فقال: قلت له: الرجل يكون عنده المال ودية يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال: لا يأخذ الا أن يكون له وفاء قال: قلت أرأيت ان وجدت من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه قال: نعم. (١)

وهو كما ترى أيضاً ظاهر في صحة الضمان من غير اشتراط رضا المضمون له، والمراد من الخبر أن الضامن أشهد على نفسه بأنه ضامن، وينبغي تقييده بملائة الضامن أيضاً، وحمله على ذلك .

ولم أقف على من تعرض لتقل هذه الاخبار في المقام، فضلا عن الجواب عنها سوى صاحب الكفاية، فانه نقل موثقة اسحاق بن عمار، وأجاب عنها بأنها تضعف عن مقاومة الخبر الصحيح المعتضد بالشهرة بين الاصحاب، وهو كما ترى، مع أن المخالفة غير منحصرة في الموثقة المذكورة كما عرفت، والسألة عندي محل توقف واشكال لعدم معلومية ما يجمع به بين هذه الاخبار. (٢)

١- (في الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٢ كتاب الوديعة الباب ٨- قال: قلت ... بغير اذن قال ... ادأيت ان وجد من ... الخ) - (وفي من لا يحضره القتيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٤) - (وفي التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ ح ٥ كتاب الوديعة) .

٢- والعجب من المحدث الكاشاني في المحجة حيث أنه ممن اختار القول المشهور قال: - بعد ذكر السألة خلافا للشيخ في أحد قولي للخبر- وهو قاصر الدلالة، والظاهر أنه اشار بالخبر الى موثقة اسحاق بن عمار ولا أدنى بما أراد من قصور الدلالة مع أنها واضحة الدلالة على القول المذكور فان ظاهرها أنه بمجرد قول وليه على دينك، تبرء ذمة المضمون عنه من الدين، وتستقل الى ذمة الولي المذكور، من غير توقف على العلم بالمضمون له، فضلا عن رضاه بذلك، وأخرج منها رواية الحسين بن الجهم كما عرفت . منه رحمه الله

ثم انه بناء على القول المشهور من اشتراط رضا المضمون له فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخي؟ أم لا بد من كونه بصيغة القبول، قولان : استجود في المسالك الثاني، قال : لانه عقد فلا بد فيه من القبول، ولأصالة بقاء ما كان من شغل نعمة المضمون عنه وسلامة نعمة الضامن، واتقاء حق المضمون له الى أن يتحقق المزيل، وحينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول، وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي، لانه من العقود اللازمة. ثم قال : ووجه العدم قصة على (عليه السلام) وأصالة عدم الاشتراط، ومخالفته لغيره من العقود المملكة، لان الضمان لا يثبت ملكاً جديداً وانما يتوثق به الدين الذي كان مملوكاً، وفيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حقاً ضرب من التملك ثم ينتقض بالرحن، فانه فائده التوثق مع اشتراطه فيه انتهى .

أقول جميع ما ذكره وأطال به لا يخرج عن مجرد الدعوى، ولم أره استند الى دليل يدل عليه ولا يبرهان يلجأ اليه الا التمسك بأصالة بقاء شغل نعمة المضمون عنه، وعدم شغل نعمة الضامن، وفيه أنه وان كان الامر كذلك لكن يجب النظر في الدليل المخرج عن ذلك من الاخبار الواردة في هذا المضمار، لا مجرد الدعوى العارية عن الاعتبار .

وأنت خبير بأنه لم يرد في الاخبار مما يدل على اشتراط رضا المضمون له الا صحيحة عبد الله بن سنان، وقوله فيها اذا رضى به الغرماء فقد برئت نعمة الميت، وظاهرها بل صريحها هو توقف ذلك على ما يدل على الرضا بأي لفظ كان، بل بغير لفظ أيضاً، وفي معناها عبارة كتاب الفقه الرضوي، ومن أين يفهم من ذلك اشتراط كونه عقداً مشتملاً على الايجاب والقبول بهذه الاعتبارات التي أطال بها، مضافاً الى ما عرفته في كتاب البيع من عدم دليل على هذه الامور المذكورة، بل قيام الدليل على خلافها، وهو ممن وافق على ذلك نعمة، على أنك قد عرفت من الروايات الثلاث التي أوردناها أنه يكفي في حصول الضمان - وانتقال المال الى نعمة الضامن - قوله

«على دينك أو أنا ضامن لرضاهم عنك»، ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على ذلك ، وبالجمله فان كلامه هنا بمحل من الضعف الذى لا يخفى على المنصف والله العالم .
الرابع: ظاهر جمله من الاصحاب أن رضى المضمون عنه غير شرط فى صحة الضمان ، بل يظهر من المسالك أن ذلك موضع وفاق، حيث قال بعد قول المنصف: - ولا عبرة برضا المضمون عنه، لان الضمان كالتقضاء ، هذا موضع وفاق، ولان اداء الدين كما يجوز بغير اذنه فالتزامه فى الذمة أولى، ولصحة الضمان عن الميت كما مر فى واقعة المصلى عليه ولا يتصور رضاه . انتهى

وأشار بالواقعة المذكورة الى حديثى على (عليه السلام) وأبى قتادة المتقدمين . أقول: ما نقله هنا من الاتفاق على الحكم المذكور ينافيه ما نقله فى المختلف عن الشيخ أنه قال فى النهاية: متى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه، وقبل المضمون له ضمانه، فقد برء عهدة المضمون عنه، الا أن ينكر ذلك ويأباه، فيبطل ضمان المتبرع، ويكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان، ثم نقل عن ابن البراج أنه قال: اذا تبرع انسان بضمان حق ثم أنكر المضمون عنه ذلك كان الحق باقياً فى جهته، لم ينتقل الى المتبرع بضمان ذلك، قال: وهذا يوافق قول الشيخ من اعتبار رضى المضمون عنه فى الضمان، وبه قال ابن حمزة، وهو قول شيخنا المفيد رحمه الله فى المقنعة، ثم نقل عن ابن ادريس أنه لا يعتبر رضى المضمون عنه، بل يلزم الضمان مع رضى الضامن والمضمون له، قال: وهو مذهب والدى رحمه الله، ثم استدلى على ذلك فقال: لنا قوله (عليه السلام) (١) «الزعيم غارم» وما رواه داود الرقي (٢) فى الصحيح عن الصادق (عليه السلام) قال: مكتوب فى التوراة «كفالة ندامة غرامة» ولانه كالتقضاء فلا خيار له كما لو قضى عنه . انتهى

ومنه يظهر ما فى دعوى الاتفاق مع ظهور خلاف هؤلاء الاجلاء والقائلون

١- المستدرك ج ٢ ص ٤٩٧

٢- الوسائل ج ١٣ الباب ٧ من أبواب الضمان ص ١٥٥ ح ٥ .

ج ٢١ في عدم وجود دليل شاف على عدم اشتراط رضی المضمون عنه ١٥

بعدم اشتراط رضی المضمون عنه ، قالوا : تقریباً على ذلك : بانه لو أنكر المضمون عنه بعد الضمان لم يبطل الضمان ، وعملوه بأنه لا أثر له ، فانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداءً فلا عبرة بانكاره بعده ، ثم نقلوا هنا خلاف الشيخ وجماعة حيث حكموا بطلانه بعد انكاره ، وردده بأنه ضعيف جداً .

أقول : ان الشيخ انما حكم هنا بطلان الضمان بالانكار تقریباً على قوله باشتراط رضی المضمون عنه في صحة الضمان ، مع أنهم لم ينقلوا خلافه هناك ، بل ادعوا الاتفاق ، وهو يشعر بموافقة الشيخ لهم في تلك المسألة ، وتخصيص مخالفته بهذه ، ومن ثم نسبوه الى كونه ضعيفاً جداً .

وأنت خبير بأننا لم نجد لهم دليلاً شافياً على ما ادعوه من عدم اشتراط رضی المضمون عنه في صحة الضمان ، الا ما يذكرونه من جواز أداء الدين عنه بغير رضاه ، وغاية ما يستند اليه هنا في أداء الدين حديث الضمان عن الميت ، حيث أنه لا يتصور الرضا أو عدده من الميت .

وما ادعوه من جواز أداء الدين عن الحي وبراءة ذمته مع عدم رضاه بذلك لم تقف له على دليل ومع وجود الدليل عليه فحمل الضمان على ذلك قياس ، وان كان مما يرجع اليه بنوع من الاعتبار والاستناد الى الضمان عن الميت أو الاداء عنه غير دال على ما نحن فيه ، لظهور الفرق بين الحي والميت ، فهو قياس مع الفارق ، وما ذكره العلامة من الدليل على لا يهدى الى سبيل وبالجمله فالمسألة لماعرفت محل اشكال .

الخامس : الظاهر أنه لا خلاف في أنه متى تحقق الضمان على الوجه المعتبر شرعاً انتقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وبراء المضمون عنه من حق المضمون له ، وانما يبقى الحق في ذمة الضامن اذا كان الضمان باذنه دون ما اذا كان تبرعاً وخالف كافة العامة في ذلك حيث قالوا : بان الضمان غير ناقل ، وانما هو ضم ذمة الى ذمة ، فللمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه .

ويدل على القول المذكور مضافاً الى اتفاق الاصحاب (رضوان الله عليهم) ،
صحيحة عبد الله بن سنان ، وموثقة اسحق بن عمار ، وموثقة الحسين بن الجهم المتقدمة ،
فانها صريحة في خلو نعمة المضمون عنه ، وانتقال المال الى نعمة الضامن ، فعلى هذا
لو أبرأ المضمون له نعمة المضمون عنه لم يقد شيئاً ، بل كان لغواً وذلك لانك قد عرفت
أنه بالضمان انتقل المال الى نعمة الضامن ، وبرئت نعمة المضمون عنه من حق المضمون له ،
فهذا البراء لم يصادف محلاً لانه غير مشغول النعمة له .

نعم لو أبرأ نعمة الضامن برئاً جميعاً ، أما الضامن فلانه مشغول النعمة له ، فاذا
أبرئه برئت نعمته ، وأما المضمون عنه فلان الضامن لا يرجع عليه الا بما أداه عنه ، و
هو هنا لم يؤد عنه شيئاً ، فلا يرجع اليه بشيء ، وخالف الجمهور في ذلك ، فقالوا :
ان كل واحد من الضامن والمضمون عنه نعمته مشغولة ، فاذا أبرأ المضمون له
المضمون عنه فقد أبرأ الضامن ، لسقوط الحق كما لو أدى المال ، ولو أبرأ الضامن
لم يبرء المضمون عنه ، لان الضامن عندهم كالوثيقة فلا يلزم من سقوطها سقوط الدين
كفك الرهن .

والحكم المذكور اتفاقي بين أصحابنا كما ذكره في التذكرة : حيث ادعى
اجماع علمائنا على ذلك ، والمحقق في الشرايع نسبه الى قول مشهور ، وربما كان فيه
اشعار بوجود مخالف منا ، أو اشارة الى عدم تحقق الاجماع المدعى .

السادس : قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يشترط في الضامن الملاءة أو
العلم باعساره والمراد انه شرط في اللزوم لا في الصحة فلو ضمن ثم بان اعساره كان
للمضمون له الفسخ ، قالوا : لان عقد الضمان مبني على الارتفاق ، والقصد منه استيفاء
الدين من الضامن ، وانما يكون ذلك اذا أمكن الاداء بإيساره ، فاذا فات هذا المقصود
ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن ، وبين فسخ العقد والرجوع على
المضمون عنه .

وهل الخيار هنا على الفور أم لا لم أقف فيه على كلام لهم ، والاصل يقتضي

امتداده الى ان يثبت المزيل ، والمراد بالملاءة المشترطة في الضامن أن يكون مالكا لما يؤدي به الدين فاضلا عن المستثنيات في البيع ، وانما تعتبر الملاءة ابتداء لاستدامة فلو كان ملياً وقت الضمان ثم تجدد عدمها قبل الاداء لم يبطل الضمان ، ولم يجز له الفسخ ، لحصول الشرط حين الضمان .

ولم يحضرني الان خبر في المقام الا ما رواه ثقة الاسلام في الكافي والشيخ في التهذيب عن عيسى بن عبدالله قال احتضر عبدالله بن الحسن ورواه في الفقيه مرسلا قال : «وروى أنه احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال لهم : ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من اخي وبنى عمى على بن الحسين أو عبدالله بن جعفر فقال الغرماء : اما عبدالله بن جعفر فملى مطول ، واما على بن الحسين ، فرجل لامال له صدوق وهو أحبهما اليها ، فأرسل اليه فاخبره الخبر فقال عليه السلام : أضمن لكم المال الى غلة ولم تكن له غلة فقال القوم : قد رضينا وضمنه فلما أتت الغلة أتاح الله عز وجل له المال فأداه» . (١)

والخبر مع ضعف سنده وعدم اسناده الى الامام (عليه السلام) لادلالة فيه على محل البحث ، وظنى أن الاصحاب لو جعلوا الشرط هنا رضا المضمون له بالضامن ، وقبوله له ملياً كان أو غير ملى لكان أظهر ، فان مجرد الملاءة مع حصول المطل كما تضمنه هذا الخبر لا تفيد فائدة في ترتب الاثر عليها .

وبالجملة فان اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور بينهم بالضمان والضامن كاف عن هذا الشرط هنا ، مع أنه لادليل عليه الا ما ذكره من التعليل الذي يحصل بالرضا بالضامن ، الا أنك قد عرفت اختلاف الاخبار في ذلك ، وأن أكثر الاخبار ظاهر في العدم . والله العالم

١- الكافي ج ٥ ص ٩٧ باب قضاء الدين ح ٧ وفي التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١٢

وفي من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٥٥ باب الحوالة حديث ٢ - (ولا يخفى ان في النسخ

اختلافاً جزئياً) وفي الوسائل ج ١٣ ص ١٥٢ ح ١ .

السابع - الحق المضمون اما أن يكون حالاً أو مؤجلاً، ثم انه اما أن يضمه الضامن حالاً أو مؤجلاً، وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلاً، اما أن يكون الاجل الثاني مساوياً للاول، أو أنقص أو أزيد، وعلى التقادير اما ان يكون الضمان تبرعاً، أو بسؤال المضمون عنه، فالصور اثني عشرة، وقد صرح جملة من محققي المتأخرين ومتأخريهم بأنها كلها جائزة، للاصل، وعموم دلائل مشروعية الضمان، وتحقيق القرض المطلوب منه في الجميع، ولانه كالتضاء عن المدين، وبعض هذه الصور اجماعى، وبعضها محل خلاف، الا أن محل الخلاف في كلامهم غير محدد .

وظاهر كلام المحقق في الترايع أن الضمان المؤجل جائز اجماعاً، وفي الحال تردد أظهره الجواز والمراد من الثاني الذي هو محل التردد عنه ما لو كان الدين مؤجلاً فضمه الضامن حالاً .

والمنقول عن الشيخ وجماعة منع الضمان هنا، لان مبنى عقد الضمان على الارفاق، وتسهيل الامر على المضمون عنه، والضمان في هذه الصورة يناقى القرض المذكور، لان الدين مؤجل والضامن يريد أن يضمه حالاً، ويرجع به على المضمون عنه، ووجه آخر وهو أن ثبوت المال في ذمة الضامن فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه، والقرع لا يكون أقوى من الاصل، (١) والقائلون بالصحة أجابوا عن ذلك بأن المنتقل بالضمان هو الدين، وأما الاجل فاذا أسقطه المديون وأدى المال حالاً جاز، فكذا اذا سأل الضمان كذلك، لان الضامن انما ضمن كذلك باذنه وسؤاله، فهو في معنى الاسقاط له، لكنه لا يرجع على المضمون عنه الا بعد تمام

١- قال في المبسوط : اذا ضمن المؤجل حالاً الاقوى أنه لا يصح، لانه لا يجوز ان يكون القرع أقوى من الاصل، قال في المختلف : بعد نقل ذلك عنه : الوجه عندى الصحة، ولانسلم تحقق القوة هنا، فانه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلاً كذا يجوز الضمان معجلاً، فان الضمان كالتضاء اذا ثبت هذا، فاذا ضمن حالاً لم يكن له الرجوع على المضمون عنه، الا بعد الاجل وان أخذ منه المال حالاً انتهى . منه رحمه الله

الاجل، وان أداه حالا بمقتضى الضمان، ولو كان الضامن متبرعاً بالضمان فأولى بعدم الاشتراط، اذ لارجوع له على المضمون عنه فيكون في معنى ما لو أدى عنه ديمته المؤجل قبل الاجل، وهو جائز.

ومن ذلك يظهر أن الجواز هو الاقوى وفي هذه الصورة أعنى صورة الضمان حالا صورة أخرى، وهي ما اذا كان الدين حالا، وسيأتي الكلام فيها في المقام. ان شاء الله تعالى.

وأما الصورة الاولى مما قلناه من كلام المحقق وهي قوله ان الضمان المؤجل جائز اجمالاً فهي شاملة لجملة من الصور، منها ما لو كان الدين حالا فضمنه مؤجلاً، وهذه الصورة مجمع عليها، ودعواه الاجماع هنا في محله، والتعليل بالارتفاق وتسهيل الامر على المضمون عنه هنا متجه، لان الدين حال وبالضمان صار مؤجلاً، قالوا: وليس هذا تعليقاً للضمان على الاجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم، (١) ومن حكم هذه الصورة أن المضمون عنه لا يطالب قبل حلول الاجل.

أما من المضمون له، فلاه لا طلب له عليه، لا تنقل حقه الى ذمة الضامن، واما من الضامن فلاه ليس له المطالبة حتى يؤدي ولو كان حالا فمع الاجل أدلى و ليس للمضمون له أيضاً مطالبة الضامن قبل حلول الاجل عملاً بمقتضى الشرط.

ومن صور تلك الصورة المشار اليها ما لو كان الحق مؤجلاً مع قصور أجل الضمان أو مساواته وتعليل الشيخ والجماعة المانع من ضمان المؤجل حالا يقتضى المنع من هاتين الصورتين، لما عرفت من أنهم عللوا ذلك وبه صرح في المختلف وغيره أيضاً بأن الضمان ارفاق، (٢) فالاخلال به يقتضى تسويغ المطالبة للضامن،

١- بمعنى أنه ليس له مطالبة المضمون عنه حتى يؤدي ما ضمنه في صورة حلول الدين،

كيفية في صورة الاجل، فهو بطريق أولى. منه رحمه الله

٢- أما لو كان أجل الضمان أزيد من أجل الحق، فانه داخل في الاجماع، لان الاجل

الزائد يحصل فيه الارتفاق المطلوب من الضمان. منه رحمه الله

فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال، فينتفى فائدة الضمان، وهذا التعليق بعينه آت في الاجل المساوى والقاصر، ويقتضى أن الضامن لو كان متبرعاً لم يضر، لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه .

والشيخ فخر الدين منع من ضمان الحال كما ذهب اليه الشيخ، الا أنه علله بعلّة أخرى قال: لانه ضمان ما لم يجب، وهذا التعليق يجري في الاجل القاصر عن أجل الدين، كما هو شامل للحال، ومخرج للمساوى (١) وبالجمله فاطلاق كلام الشيخ ومن تبعه حيث خصوا المنع بصورة ضمان المؤجل حالاً يقتضى ثبوت الاجماع المدعى في صورة الضمان مؤجلاً لما كان حالاً أو مؤجلاً بجميع أقسامه، وبالنظر الى التعليقات يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين، وأما الضمان حالاً فان كان الدين مؤجلاً فقد اتفق المانعون على منعه نصاً وتعليلاً كذا قيل .

وفيه أن الشيخ فخر الدين من القائلين بهذا القول، وقد تقدم تعليقه بغير ما علل به الشيخ وان كان حالاً، فالشيخ فخر الدين وأتباعه جوزوه لوجوب الحق، و الشيخ وأتباعه منعه لعدم الارتفاق. والله العالم

الثامن: لو ضمن مؤجلاً مع كون الدين حالاً ثم مات قبل حلول الاجل حل الدين المذكور، وأخذ من تركته، لما تقدم من أن الميت تحل ديونه المؤجلة بموته، وهذا من جملة أفرادها، وللورثة حينئذ مطالبة المضمون عنه، لان الدين عليه حال كما هو المفروض، ولم يحصل ما يقتضى تأجيله، والمؤجل انما هو الدين الذى فى نعمة الضامن، لا الذى فى نعمته، والضامن انما امتنع رجوعه عليه فى حياته

١- قال العلامة فى المختلف: بعد ذكر ما قدمنا نقله عنه فى الحاشية المقدمة من نقل كلام الشيخ فى المبسوط ورد له: ما صورته وقد استخرج ولدى العزيز محمد جملت فداه وجهاً هنا يقوى قول الشيخ رحمه الله، وهو أن الحلول زيادة فى الحق، ولهذا يختلف الاثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون، ولا ثابتة فى نعمته، فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصح عندنا انتهى . منه رحمه الله

من حيث أنه لا يرجع الا بعد دفع ما ضمنه، وحيث أنه قد مات وحل عليه الدين و أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه، ويأتي مثله أيضاً في ما لو دفع الضامن المال في حياته قبل حلول الاجل بأختياره، فان له الرجوع على المضمون عنه، لعين ما ذكر.

وهذا بخلاف ما لو كان الدين مؤجلاً على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك، فانه يحل له عليه بعد الموت واخذه من تركته لا يحل على المضمون عنه، لان الحلول عليه لا يستلزم الحلول على الاخر كما لا يحل عليه المؤجل لو ضمنه الضامن حالا على القول بذلك .

التاسع : قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بأنه متى حصل الضمان على الوجه المعتبر شرعاً، فانه يرجع الضامن على المضمون عنه بما دفعه الى المضمون له ان ضمن باذنه ولو أدى بغير اذنه، ولو ضمن بغير اذنه لم يرجع عليه، وان أدى باذنه، ولو ضمن باذنه وأدى بغير اذنه فأولى بالضمان، ولو ضمن بغير اذنه وأدى بغير اذنه فأولى بعدم الضمان .

وظاهر المحقق الاردبيلي (قدس سره) المناقشة في هذا المقام، حيث قال : بعد ذكر عدم الرجوع مع عدم الاذن في الضمان ماضوته : وأما الرجوع مع الاذن في الضمان مع الاذن في الاداء وعدمه ففيه تأمل، اذ الاذن في الضمان والاداء لا يدل على قبول اداء العوض، بشيء من الدلالات، والاصل عدمه، الا أن تدل قرينة حال أو مقال على ذلك، كما في لزوم الاجرة على من أمر شخصاً بفعل له أجره عادة، ولهذا قال في التذكرة : لو قال : اعط فلاناً ألفاً ففعل لم يرجع، وكذا لو قال : اعتق عبدك أو الق متاعك في البحر عند خوف الفرق وعدمه، الا أن ينضم اليه ما يدل على قبول العوض، مثل قوله عني في الاولين، وعلى ضمانه وعوضه في الثالث، وبهذا المقدار يلزم، وهذا دليل على عدم اشتراط الصيغة الخاصة، والمقارنة وغيرهما فافهم، ولي في اللزوم مع انضمام قوله عني أيضاً تأمل، وان قالوه الا أن ينضم اليه قرينة، و

يعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان فتأمل. انتهى
أقول: ويدل على ما ذكره الاصحاب مضافاً الى الاجماع المنقول عن التذكرة
ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحسين بن خالد قال: قلت لابي الحسن عليه السلام:
جعلت فداك قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على
من أكل المال. (١)

وهو ظاهر كما ترى في رجوع الضامن على المضمون عنه بما اقترمه للمضمون له،
وأنه لا غرم عليه، بمعنى عدم رجوعه على المضمون عنه، ولو صح ما ذكره من عدم
الرجوع للزم حصول الغرم عليه، مع أنه (عليه السلام) قد نفاه عنه، وجعل الغرم
على من أكل المال وهو المضمون عنه، وبالتجربة المذكور يجب الخروج عن الاصل
الذي استند اليه، والخبر وان كان مطلقاً الا أنه محمول على ما اذا كان الضمان باذن
المضمون عنه.

وما رواه الشيخ باسناده عن عمر بن يزيد (٢) قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام)
عن رجل ضمن ضمناً ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال: ليس له، الا الذي صالح
عليه، ورواه الكليني عن عمر بن يزيد في الموثق (٣) ورواه ابن اديس في مستطقات
السرائر من كتاب عبد الله بن بكير عنه (٤) قال: سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن
رجل ضمن عن رجل ضمناً ثم صالح على بعض ما ضمنه فقال قال: ليس له الا الذي
صالح عليه، وهو أيضاً ظاهر في الرجوع، ومحمول على الاذن في الضمان، ولو كان
ما توهمه من عدم الرجوع حقاً لنفاه (عليه السلام) ولم يثبت له الرجوع بشيء بالكلية.
وبالجملة فان كلامه هنا ناش عن عدم الوقوف على شيء من الاخبار المذكورة، وأما

٢٠١- التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٤٨٥ و ص ٢٠٦ ح ٤٠.

٣- الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٧.

٤- التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ الباب ٨٤ باب الكفالات والضمانات.

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ و ص ١٥٣ الباب ٦ من كتاب الضمان.

قياسه على لزوم الاجرة فهو - مع كونه قياساً لا يجوز التعويل عليه في الاحكام الشرعية - قياس مع الفارق، لانه ان كان ذلك الفعل المأمور به يرجع الى الامر بمعنى أنه أمره أن يفعله له - فان دعوى عدم استحقاق الاجرة ممنوعة، وان كان لا كذلك كالامر برمي ماله في البحر ونحوه فهو ليس من محل البحث في شيء والفارق بينه وبين ما نحن فيه ظاهر، والقياس عليه قياس مع الفارق كما ذكرناه. والله العالم

الماشر: لودفع الضامن للمضمون له عما في ذمته عروضا برء الضامن مما عليه، وكان له الرجوع مع الاذن في الضمان بأقل الأمرين من قيمة العروض وما يتابع به في السوق، ومما كان في ذمة المضمون عنه، لان الضامن لا يستحق أكثر مما أدى، والمضمون عنه لا يؤدي أكثر مما في ذمته ومما أداه الضامن، فلو فرضنا أن الذي في ذمته كان مائة درهم، والعروض التي دفعها الضامن كانت تساوي خمسين درهماً فليس عليه الا الخمسين، وكذا لو فرضنا أن العروض كانت تساوي مائة وعشرين فليس عليه الا المائة.

أما الاول فلان الضامن لا يستحق الرجوع بأزيد مما دفعه، ولهذا لو أبرء المضمون له لم يرجع بشيء ولو أبرء عن البعض لم يرجع الا بالباقى.

وأما الثانى فلان المضمون عنه لا يجب عليه أداء أكثر مما في ذمته اتفاقاً، وقال ابن الجنيدي على ما نقل عنه في المختلف: لو ضمن زيد لعبد الله ديناً على عمرو، فصالح زيد عبد الله عن جملة ضمانه عن عمرو، على ما يجوز التتابع به بينهما، فان كان ذلك قبل وجوب الحكم على زيد بالمال الذي ضمنه (١) لم يكن له الا قيمته، أو قد ما أعطاه عبد الله يرجع به على عمرو، وان كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع بأصل الحق على عمرو.

وأجاب عنه العلامة فقال لنا: انه وضع للأرفاق، والرجوع بأكثر مما دفع

١- أقول: الظاهر أن مراده بوجوب الحكم على زيد كناية عن وقت المطالبة ووجوب

الدفع عليه. منه رحمه الله

مناف له ، فلا يصح ثم قال : احتج بأن الثابت في نعمة الضامن قدر المال ، ودفع الاقل بعد الحكم عليه ، بالاكثر ابتداء عطية من المضمون له للضامن فلا يسقط .

والجواب ما تقدم من منافات الضمان لذلك ، فالحكمة يقتضي عدم الصحة . انتهى

أقول : والظاهر في الجواب هو ما قدمناه سابق هذا الموضع من روايتي (٢) عمر بن يزيد وعبد الله بن بكير الواردين في الصلح ، وانه ليس له الا الذي صالح عليه ، وهي مبنية على أنه أقل الامرين كما هو الغالب ، فان الظاهر من المصالحة هو دفع ما هو أقل من الحق وتراضى الطرفين عليه ، والا فلو كان ذلك قدر الحق كان أداء للدين ، ولا يحتاج الى صلح ولا تراض عليه ، والرواية دالة باطلاقها على ذلك ، سواء كان قبل الحكم الذي هو كناية عن المطالبة ، والحكم بوجوب الدفع أو بعده ، وما ذكره العلامة طاب ثراه يكون مؤيداً لذلك . والله العالم

الحادي عشر : قال الشيخ في المبسوط : اذا ضمن باذنه كان له مطالبة المضمون عنه بتخليصه وان لم يطالبه المضمون له ، وقال أيضاً في الكتاب المذكور : اذا ادعى الضامن الجنون حالة الضمان ولم يعرف له حالة الجنون كان القول قوله ، لان الاصل براءة الذمة ، وكلا الحكمين محل بحث واشكال .

أما الاول فان ظاهر الاصحاب هو المنع من المطالبة في الصورة المذكورة ، لانه انما يرجع عليه بعد الاداء بما يؤديه ، والحال أنه هنالم يؤد شيئاً ، ولعل المضمون له يبرؤه من الدين كلاً أو بعضاً فكيف يتسلط الان على المطالبة ، وأما الثاني فان ما استند اليه من أصالة البرائة معارض أيضاً بأن الاصل عدم الجنون ، والاصل صحة الضمان فيعارض ما ذكره من الاصل بأحد هذين الاصلين ، ويبقى الاصل الثاني سالماً عن المعارض .

الثاني عشر : - قال الشيخ في المبسوط : اذا ضمن رجل عن رجل ألف درهم وضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز ، لان المضمون عنه اصل للضامن ، وهو فرع للمضمون عنه ، فلا يجوز أن يصير الاصل فرعاً والفرع أصلاً ، وأيضاً فلا فائدة فيه .

قال في المختلف بعد نقل ذلك: والوجه عندي صحة ذلك لوجود المقتضى، وانتفاء المانع، أما وجود المقتضى فلان عقد الضمان صدر من أهله في محله، وأما انتفاء المانع فليس الا الاصاله والفرعية، وذلك لا يصح للمانع، لتحقق المال في نعمة الضامن، وبرائة نعمة المضمون عنه، فيكون كالاجنبي، قوله «لا فائدة فيه» قلنا: ممنوع لجواز أن يضمن الحال مؤجلا وبالعكس انتهى.

أقول: ظاهر كلام جملة من الاصحاب جواز التسلسل في الضمان، بأن يضمن ضامن، ثم يضمن عنه آخر، وهكذا، ويصح دوره، كما صرح به العلامة فيسقط بذلك الضمان، ويرجع الحق كما كان، ولم يخالف في ذلك الا الشيخ كما عرفت.

ومن فروعه المترتبة عليه أنه لو وجد المضمون له الاصل الذي صار ضامنا معسرا جاز له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق، ومنها الاختلاف، بأن يضمن الحال مؤجلا وبالعكس، كما ذكره العلامة، وبه يتدفع كلام الشيخ أنه لا فائدة فيه. وبالجمله فانه لا يخالف في الحكم المذكور الا ما تهدم حكايته عن الشيخ، والعجب هنا من المحقق الاردبيلي حيث ادعى الاتفاق على الحكم المذكور، مع اشتهاار خلاف الشيخ، وتصريح الاصحاب به (١) والله العالم.

١- حيث انه (قدس سره) قال بعد قول المصنف وترامى الضمان ما صورته أي يصح أن يضمن ضامن شخصا ثم يضمنه آخر وهكذا ويسمى التسلسل ويكون حكم كل لاحق مع سابقه حكم الاولين والظاهر عدم الخلاف عند الاصحاب في ذلك ووجهه ظاهر ما تقدم وكانهم يريدون الرد على بعض العامة والظاهر تجويز دوره أيضا عندهم بخلاف العامة. انتهى وما ذكرنا يعلم ان الاصحاب انما أرادوا بما ذكره الرد على الشيخ كما عرفت، لكنه لما غفل عن خلاف الشيخ، وظن الاتفاق في الحكم حمل كلامهم على الرد في هذا المقام على العامة. منه رحمه الله

البحث الثاني في الحق المضمون

وفيه مسائل - الأولى يشترط في المال المضمون أن يكون ثابتاً في الذمة وإن لم يكن مستقراً، كالثمن في مدة الخيار فيصح ضمانه، وهذا الضمان قد يكون للبائع القاض الثمن، فيضمن له عن المشتري على تقدير ظهور كونه مستحقاً للغير، أو على تقدير ظهور عيب فيه، ليرجع بأمره، وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور كون البيع مستحقاً للغير ليرجع به، وعلى التقديرين فأنما هو ضمان لعهدته، لا له نفسه، والفرق بين الضمانين ظاهر من جهة اللفظ والمعنى .

أما الفرق اللفظي فأنه في ضمانه نفسه، يقول ضمننت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلاً، وفي ضمان العهدة يقول ضمننت لك عهده أو دركه .

وأما المعنوي فأنه بالنسبة إلى ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمة الضامن، كما عرفت فيما تقدم، وبراءة المضمون عنه، وضمان العهدة ليس كذلك، بل إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات، وفي ضمان المال ليس بلزوم، ولكن يؤل إلى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، ومال السبق والرماية على خلاف .

وجه الصحة - على ما ذكره - هو أن الجعالة وإن كانت من العقود الجائزة والمال فيها لا يلزم الا بتمام العمل، فإن بقي منه شيء وإن قل فليس له شيء إلا أنه يؤل إلى اللزوم بتمام العمل، وقد وجد سبب اللزوم، وهو العقد فيكون كالثمن في مدة الخيار،

وأجيب عن ذلك بمنع وجود السبب، فأنه العقد والعمل معاً لا العقد وحده، وإنما هو جزء السبب، ولم يحصل به ثبوت ولا لزوم، حتى أنه لو لم يتم العمل وبقي منه شيء، فأنه لا يستحق شيئاً بما مضى، فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق الجميع، فكيف إذا كان قبل الشروع في العمل، والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار ظاهر، لأن الثمن ثابت في ذمة المشتري - مملوك للبائع، غاية الأمر أنه

متزلزل بخلاف الجعالة، فاتها لا يثبت لها أصلاً حتى يكمل الفعل كما عرفت .
نعم يمكن أن يستدل على هذا القول بظاهر قوله عز وجل (١) «ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم» فإن فيها دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل، لأنه ضمنه قبل العمل، وقد استدل الفقهاء بهذه الآية على جملة من مسائل الجعالة والضمان، والظاهر أن ما نحن فيه من قبيل ذلك .

وقطع العلامة في التذكرة بعدم الجواز قبل الشروع في العمل، لأنه ضمان ما لم يجب، واستقر الجواز بعد الشروع، هنا بالنسبة إلى الجعالة، وأما مال السبق والرمية فلا إشكال في جواز ضمانه بعد العمل كما تقدم، وأما قبله، فإنه يبنى على كونه جعالة أو اجارة، وفيه خلاف سيأتي ذكره إنشاء الله تعالى في موضعه، قال في المسالك: والاقوى أنه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد فيصح ضمانه .
الثانية: اختلف الأصحاب في مال الكتابة المشروطة هل يصح ضمانه أم لا ؟
ف قيل: بالثاني، لأنه ليس بلزم ولا يؤل إلى اللزوم، وهو مذهب الشيخ في المبسوط، قال: لأنه ليس بلزم في الحال، ولا يؤل إلى اللزوم لأن للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤل إلى اللزوم، لأنه إذا أداه عتق، وإذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلا يتصور أن يلزمه في نعمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع، ولأن الضمان اثبات مال في النعمة، والتزام لادائه، وهو فرع للمضمون عنه، فلا يجوز أن يكون المال في الأصل غير لازم ويكون في الفرع لازماً، فلهذا منعنا من صحة ضمانه .

والمشهور الجواز، وبه صرح المحقق والعلامة، والخلاف هنا مبني على الخلاف في مال الكتابة المشروطة هل هو لازم أم لا ؟ وحيث أن مذهب الشيخ عدم لزومه من قبل العبد، لأنه لو عجز نفسه رجع، وقد بني عليه مسألة الضمان .
ومذهب الأصحاب لما كان هو القول باللزوم ثمة، قالوا: باللزوم هنا .

قال في المسالك : ولو تنزلنا الى الجواز فالصحة متجهة أيضاً ، لان المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد ، غايته أنه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار ، فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق لانه في حكم الاداء ، بناء على انه ناقل ، وامتنع التعجيل كما ادى المال بنفسه ... انتهى

وبالجملة فالظاهر هو المشهور لما عرفت ، وموضع الخلاف كما عرفت هو الكتابة المشروطة .

أما المطلقة ، فالظاهر أنه لا خلاف في لزومها وصحة ضمانها . والله العالم
الثالثة : لا خلاف في أنه يصح ضمان نفقة الزوجة الماضية والحاضرة ، لاستقرارها في ذمة الزوج .

أما المستقبل كنفقة الشهر المستقبل فلا ، ووجه الفرق بين الحالين أن النفقة عوض التمكين ، وهو بالنسبة الى الزمان المستقبل غير حاصل ، لجواز التشويز ، فالنفقة فيه غير متعلقة بالذمة ، فلا يصح ضمانها ، ثم ان ما علل به الضمان في الموضعين الاولين من استقرار النفقة في الذمة انما يتجه في النفقة الماضية ، وأما الحاضرة فانه لا اشكال عندهم في وجوبها وثبوتها في الذمة مع التمكين .

لما صرحوا به من أنها تجب في كل يوم حاضر بطلوع فجره مع التمكين .
واما استقرارها ففيه اشكال ، مبني على انها لو نشزت في اثناء النهار هل يسترد منها نفقة ذلك اليوم أم لا ؟ وفيه خلاف يأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى في محله .
قالوا : أما لو ماتت أو طلقها استقرت ، وفي تخصيص نفقة الزوجة بالذكر في هذا المقام مع وجوب الانفاق على غيرها من العمودين اشارة الى عدم الضمان في نفقة غيرها ، لان الفاتت منها لا يثبت في الذمة ، كما ثبت نفقة الزوجة ، بل غاية ما يلزم من الاخلال بها الاثم والمؤاخنة ، لان الغرض المقصود من الامر بها البر والصلة ، فتقوت بقوات وقتها ، بخلاف نفقة الزوجة فانها معاوضة ، وقعت في مقابلة التمكين فسيبيلها سبيل الدين .

وقد وقع الخلاف هنا في موضعين:

الاول - قال الشيخ في المبسوط : يصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة دون المستقبلية ، لانها تجب بالتمكين ، ومتى ضمن النفقة فانما يصح مقدار نفقة المعسر ، لانها ثابتة لكل حال ، وأما الزيادة عليها الى تمام نفقة المعسر ، فهي غير ثابتة لانها تنقطع باعساره ، وتبعه ابن البراج على ذلك .

وهذا الكلام غير خال من الأشكال بل الاختلال ، لأنه متى كان الذي يجب قضاؤه انما هو النفقة الماضية والحاضرة ، والزوج يضمن بنسبة حاله ، فإن كان موسراً ضمن نفقة المعسر ، وإن كان معسراً ضمن نفقة المعسر ، ولا يسقط الزايد على نفقة المعسر باعسار المعسر بعد وجوبه .

ولا يتم هذا الكلام الا على مذهب من يقول بضمن النفقة المستقبلية ، كما صرح به في المختلف حيث قال : وانما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقة المستقبلية ، وقول الشيخ في المبسوط كأنه مذهب المخالف ، وتفرع على تسوية ضمان النفقة المستقبلية ، وتبعه ابن البراج توهماً أن ذلك قنواء . انتهى وما ذكره (قدس سره) جيد في حد ذاته ، الا أن تطبيق عبارة الشيخ عليه مشكل ، والحق أن كلامه (قدس سره) هنا في المبسوط لا يخلو عن سهو وغفلة ، لعدم ارتباط العبارة وانظامها .

الثاني: قال ابن اديس : في الموضع الذي يصح ضمانها فلا تصح الا أن تكون معلومة ، لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وضد المعصلين من أصحابنا لا يصح ، وهو ظاهر في عدم صحة ضمان النفقة مع مجهوليتها ، وعدم معلومية قدرها وكميتها ، وفيه ما يأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى في هذه المسألة .

الرابعة : اختلف الأصحاب في ضمان المجهول ، والمراد به ما يمكن استعلامه بعد ذلك كما لو ضمن ما في ذمته ، أما لو لم يكن الاستعلام لم يصح الضمان قولاً واحداً كما لو قال : ضمننت لك شيئاً مما لك على فلان ، لصدق الشيء على القليل والكثير ، واحتمال لزوم أقل ما يتناول الشيء كالأقرار ، يندفع بانه ليس هو المضمون ، وإن كان بعض أفرادها .

وممن قال بصحة الضمان في المسألة ، الشيخ في النهاية ، وشيخنا المفيد في المقنعة ، وابن الجنيّد وسلاح وأبو الصلاح وابن زهرة وابن البراج في الكامل ، والمحقق والعلامة وهو القول المشهور على ما نقله في المسالك .
وممن ذهب الى عدم ، الشيخ في المبسوط والخلاف ، وبه قال ابن البراج في المذهب وابن اديس .

احتج في المختلف على القول الاول قال : لنا الاصل الصحة ، وعموم قوله تعالى (١) «وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» وأشار الى حمل البعير ، والاصل عدم تعيينه ، وقوله (عليه السلام) (٢) «الزعيم غارم» وما رواه عطاء عن الباقر (٣) (عليه السلام) قال : قلت له : جعلت فداك ان على ديناً اذا ذكرته فسد على ما أنا فيه : فقال (ع) : سبحان الله او ما بلغك أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) كان يقول في خطبته : من ترك ضياعاً فعلى ضياعه ، ومن ترك ديناً فعلى دينه ، ومن ترك مالا فأكله (٤) فكفالة رسول الله (صلى الله عليه وآله) ميتاً كفالاته حياً وكفالاته حياً كفالاته ميتاً ، فقال الرجل : نفست عنى جعلنى الله فداك ، ولو لم يكن ضمان المجهول صحيحاً لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار ، اذ الباطل لا اعتبار به فامتنع من الامام (عليه السلام) الحكم بأن النبي (صلى الله عليه وآله) كافر .

ثم قل عن الشيخ أنه احتج بأن النبي (صلى الله عليه وآله) «نهى عن الفرر» وضمان المجهول غرر ، لانه لا يدري كم قدراً من المال عليه ، ولعدم الدليل على صحته ، ثم أجاب عنه (قدس سره) بأن الفرر اما هو في المعاديات التي تفضى الى التنازع ، أما مثل الاقرار والضمان وشبههما ، فلان الحكم فيها معين ، وهو الرجوع الى قول المقر في الاقرار ، والى البينة في الضمان ، فلا غرر هنا ، والدليل قد بيناه انتهى .

١ - سورة يوسف الآية ٧٢

٢ - المستدرک ج ٢ ص ٤٩٧

٣ - التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١١ - والوسائل ح ١٣ ص ٩٢ ح

٤ - قيل قوله فأكله أى أذنه ، لانه (ص) والائمة من بعده وارث من لا وارث له .

اقول : و يدل على القول المشهور زيادة على المذكور ما تقدم من حديث ضمان على بن الحسين (١) عليهما السلام ، لدين عبدالله بن الحسن ، وحديث ضمانه عليه السلام لدين محمد بن أسامة (٢) فانهما ظاهرا ان بل صريحان في عدم معلومية الدين قدره و كميته وقت الضمان ، الا أن لقائل أن يقول : ان الظاهر من كلام الماتعين من ذلك من حيث الفرر أن محل البحث والخلاف في المسألة انما هو بالنسبة الى الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه ، و ظاهر هذه الاخبار أغنى خبر ضمان النبي (صلى الله عليه وآله) و ضمان على بن الحسين (عليهما السلام) أنه ليس كذلك فلا تكون هذه الاخبار من محل البحث في شيء ، وهكذا الكلام في الآية فانه متى خص محل البحث بما ذكرناه ، فان الآية ليست من ذلك في شيء أيضاً ، لان الظاهر منها انما هو ضمان الجمالة كما تقدمت الإشارة اليه .

وبالجملة فانه ان جعل موضع البحث الضمان بقول مطلق ، فالحق في جاب القول المشهور للآية و الاخبار المذكورة ، وان خص بما ذكرناه فباب المناقشة غير مسدود لما عرفت . والله العالم .

الخامسة : قد عرفت في سابق هذه المسئلة أن المشهور صحة ضمان المجهول ، الا أن القائلين بذلك اختلفوا فما يرجع اليه في بيان ذلك المجهول وتعيين قدره ، فقيل بالرجوع في ذلك الى البيئة ، بأنه كان ثابتاً في نعمته وقت الضمان ، لا ما يوجد في كتاب ، ولا ما يقربه المضمون عنه ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه ، فلو لم يكن ثابتاً وقت الضمان بأن تجدد بعده ، فانه لا يصح لانه ضمان مالم يجب ، والشهادة به لا تفيد فائدة - ولا عبرة أيضاً بما يوجد في دفتر أو كتاب لعدم الثبوت في نعمته بذلك ، وانما يلزم ضمان الثابت ، ولا ما يقربه المضمون عنه ، لان اقراره انما ينقد على نفسه لا على غيره ولا يحلف عليه المضمون له برد اليمين عليه من المضمون عنه ؛ لان الخصومة الآن بين الضامن و المضمون عنه ، فلا يلزم ما ثبت

(١) الوسائل ج ١٣ ص ١٥١ و ص ١٥٣ الباب ٣ و ه من أبواب الضمان

(٢) وقد تقدم حديث محمد بن أسامة في الموضع الثاني من البحث الاول ، واما حديث

عبدالله بن الحسن فقد تقدم في الموضع السادس من البحث المذكور منه رحمه الله

بمنازعة غيره ، كما لا يثبت بما يقربه .

نعم لو كان حلف المضمون له يرد اليمين عليه من الضامن ، فان كان النزاع بينه وبين الضامن ثبت على الضامن ما حلف عليه المضمون له وقيل : يلزم ما يقربه الغريم أيضاً ، وقل عن أبي الصلاح وابن حمزة ، وفيه ما عرفت آتفاً من ان اقرار المقر انما ينقد على نفسه لاعلى غيره (١) .

نعم لو كان الاقرار سابقاً على الضمان فانه يلزم الضامن ما أوجبه الاقرار ، كما صرح في المختلف ، وقيل : يلزم ما يحلف عليه المضمون له مطلقاً (٢) وهو منقول عن الشيخ المفيد ، قال (قدس سره) - على ما نقله عنه في المختلف : ضمان المجهول لازم ، كضمان المعلوم حتى يخرج منه بحسب ما تقوم به البينة للمضمون عنه ، أو يحلف عليه ، وتفسير هذا أن يقول : لانسان قد لازم عليه على حق له عنده خل سبيله ، وأنا ضامن لحقك عليه كائناً ما كان ، فان أقام المضمون له البينة على مقدار الحق خرج له الضامن ، ولا يقبل دعواه بغير بينة ، إلا أن يحلف على ما يدعيه ، ولا يجوز أن يضمن انسان عن غيره ما يدعيه كائناً ما كان ، ولا ما يقترحه من الحقوق ، ولا ما يخرج حساب في كتاب لا حجة فيه إلا أن يتعين المضمون ، أو يقوم به حجة على ما ذكر انتهى .

وهو ظاهر في الزام الضامن ما يحلف عليه المضمون له وهو قول الشيخ أيضاً إلا أنه فيه برضا الضامن بالحلف ، وحينئذ فيكون هذا قولاً رابعاً في المسألة ، و شيخنا الشهيد الثاني في المسالك احتمل أن المراد بالرضا هنا الرد من الضامن بأن حلف المضمون له يرد اليمين عليه من الضامن كما هو أحد فردي الاطلاق في عبادة الشيخ المفيد ، وقد عرفت آتفاً أنه في هذه الصورة يلزم الضمان ويجب عليه الاداء .

١ - واما اذا كان حلقه انما هو لدفع المضمون عنه و اثباته الدعوى عليه باليمين المردودة من قبل المضمون عنه فلا يلزم منهما ثبوت ذلك على الضامن والدعوى الان انما هو معه كما لا يخفى . منه رحمه الله

٢ - أى أعظم من ان يكون رد اليمين عليه من الضامن أو المضمون عنه منه رحمه الله

وانما الاشكال في صورة رد المضمون عنه ، وحينئذ بناء على هذا الاحتمال يرجع الى قول المفيد ، ويكون تخصيصاً له بهذه الصورة ، وهو جيد ، الا انه باعتبار حمل الرضا على الرد لا يخلو من بعد ، لان الرد أعم من ذلك كما عرفت . والعلامة في المختلف فرع ذلك على أن يمين المدعى هل هي كالبينة ، أو كالأقرار ؟ قال : والتحقيق أن يقول : ان جعلنا يمين المدعى كالبينة كان له الرجوع على الضامن ، سواء رضى يمينه أم لا ، وان جعلناها كالأقرار افتقر الى رضا الضامن اذا ضمن المجهول .

وبالجملة فالقدر المتيقن من ذلك هو القول الاول وهو الحكم بالبينة وكذا مع رد اليمين من الضامن وحلف المضمون عليه وماعدا ذلك محل توقف واشكال والعجب هنا من المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث قال : ولا يلزم معاقبته المضمون عنه ولا ما ثبت عليه برد اليمين ، لان الاقرار والحلف لا يؤثر في ثبوت حق على الغير وهو ظاهر ، وكأنه مجمع عليه انتهى .

و توهم الاجماع على الانحصار في البينة مع وجود الخلاف كما عرفت ، وانتشاره في كتب الاصحاب كالمسالك والمختلف وغيرهما عجيب منه (قدس سره) ولو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح الا ان يكون ثابتاً في ذمته وقت الضمان فانه لامانع من صحة ضمانه ، وأما ما تجدد بعد ذلك فلا ، لانه ضمان مالم يجب ، ومن شرط صحة الضمان تعلقه بالدين الثابت في الذمة وقت الضمان ، وحينئذ فضمانه لما يشهد به عليه شامل لما كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان وما كان متجدداً ، والاول صحيح دون الثاني وبذلك يظهر ان اطلاق بعض العبارات -بانه لا يصح أن يضمن ما يشهد به عليه لانه لا يعلم بثبوته في الذمة وقت الضمان - ليس في محله .

السادسة قد صرح اكثر الاصحاب بجواز ضمان الأعيان المضمونة التي يجب على من هي في يده ردها ، ولو تلفت رد قيمتها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد ، والعارية المضمونة كاحد النقدين المشروط قال في التذكرة : يجوز ضمان أعيانها فانه مال مضمون على المضمون عنه فجاز الضمان عنه ، ولو ضمن قيمتها لو تلفت فالأقوى عندي الصحة ، لأن ذلك ثابت في ذمة القابض انتهى .

وتردد المحقق في الشرايع ثم قال : الاشبه الجواز .

أقول : ضمان هذه الاعيان اما أن يكون بمعنى تكليف الضامن برد أعيانها على مالکها ، أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب ، و المستام و نحوهما ، أو الأعم منهما ، وفي صحة الكل اشكال ، لعدم الدليل على ما ذكره من الجواز ، والأصل عدمه .

وما استدلوا به - من أن منشأ وجود سبب الضمان للعين ، و القيمة وهو القبض على الكيفية المخصوصة ، فيصح ، أما الاول فلانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ، وأما الثاني فلثبوت القيمة في ذمة الغاصب و نحو لو تلفت - منظور فيه بأن الثابت في الاول انما هو وجوب الرد ، وهو ليس بمال ، والثاني ليس بواقع ، فهو ضمان مال يجب وان وجد سببه ، لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل .

و منه يظهر أن الاظهر عدم الجواز وهو اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك لما ذكرناه وزاد أيضاً في القسم الاول فساداً من وجه آخر ، و هو ان من خواص الضمان كما قد عرفت انتقال الحق الى ذمة الضامن ، وبراءة المضمون عنه ، وهنا ليس كذلك ، لان الغاصب مخاطب بالرد و مكلف به اجماعاً ، و انما يفيد هذا الضمان ضمان ذمة الى ذمة ، وليس من أصولنا .

ومرجعه الى ما قد عناه من أن الحق الواجب على من بيده المال انما هو الرد الى صاحبه . وهو لا ينتقل ، كما هو الحكم الجارى في الضمان ، بل يجب على من هو في يده رده ، ولا يخاطب به غيره .

وأما ما ذكره المحقق الاردبيلي (قدس سره) حيث قال : و يحتمل الثبوت لصدق الضمان عرفاً مع ثبوت شرعيته مطلقاً ، وليس بمعلوم كون ما ذكر من لوازمه أو شرائطه . نعم غالباً انما يكون كذلك ، ولهذا قال في التذكرة : ضمان المال عندنا ناقل ، وفي ضمان الاعيان المضمونة و العهدة اشكال ، أقرب به عندي جواز مطالبة كل من الضامن و المضمون عنه الى آخره ، بعد ان اختار جواز ضمان الاعيان المضمونة والعهدة ، و كانه لذلك تردد البعض واستشكل قتأمل . انتهى

ففيه نظر لان الرجوع الى صدق الضمان عرفاً ممنوع ، اذ لا مدخل للعرف

هنا مع وجود النهى الشرعى وثبوته نصاً وقوى ، ودعوى ثبوت شرعيته مطلقاً ممنوع ايضاً فانه محل البحث ومطرح النزاع ، فان الخصم يمنع من ثبوت شرعيته على الوجه المذكور .

وقوله - انه ليس بمعلوم كون ما ذكر من لوازمه او شرايطه ، مشيراً بذلك الى ما احتج به الخصم من أن مقتضى الضمان الانتقال الى نعمة الضامن ، وبرائة المضمون عنه - فيه أنه قد تقدم في الموضوع الخامس من البحث الاول ما يدل على أن الحكم اتفاقي نصاً وقوى ، ودعوى كونه غالباً دون أن يكون كلياً ممنوعة . نعم هذا الحكم انما ورد في المواضع التي قام الدليل على صحة الضمان فيها ، وأما ما ذكر هنا من ضمان الأعيان فانما لم تقف في الاخبار ما يدل عليه ، وانما جوزه من جوزه بما عرفت من ذلك الوجه الاعتباري الذي تقدم ذكره مع اقتضاه بما عرفت ايضاً ، وكلامه في التذكرة الذي استند اليه هنا لا يضمن ولا يغني عن جوع فانه يرد عليه جميع ما ذكرنا .

وبالجملة فانه لما لم يقم هنا على الضمان كما ادعوه دليل واضح ، فالمانع مستظهر ، والاصل عدم ، ودعوى عموم أدلة الضمان لذلك ممنوع لما عرفت ، ثم انه بناء على المشهور من الحكم بجواز ضمان الأعيان المضمونة نفوا الجواز عن الأعيان الغير المضمونة كالوديعة والعارية الغير المضمونة ومال المضاربة وما في يد الوكيل وأمين الحاكم والوصي فانه لا يصح ضمانها ، وقد ادعى في التذكرة الاجماع على ذلك ، وجعلوا الفرق بينها وبين ما سبق باعتبار الضمان ، وعدمه ، فحيث كانت تلك الأعيان مضمونة على من هي في يده ، لان يده يد عارية صح جواز الضمان فيها ، بخلاف هذه حيث أنه لا ضمان عليه ، وان فرض ضمانه لها على تقدير التعدي والتفريط ، إلا أن السبب الان ليس بواقع .

نعم لو كان قد تعدى فيها وصارت مضمونة عليه جاز الضمان ، وصارت من جملة أفراد تلك المسألة ، لوجود السبب وهو كونها مضمونة ، والبحث فيها عن جواز ضمان الأعيان المضمونة أعم من أن يكون ضمانها بالاصل أو العارض ، وأفت خبير بما في هذا الفرق الذي بنوا عليه ، لما عرفت من أن مجرد كونها مضمونة على من

هي بيده لا تصلح سبباً لجواز ضمانها ، لاختلال شروط الضمان كما عرفت ، والعمدة في ثبوت الأحكام على التصوص الشرعية وحيث لم يرد فيها نص فائبات الحكم والاعتماد على مثل هذه التعليقات مجازفة سيما مع ما عرفت من انتقاضها وعدم تمامها ، والله العالم .

البحث الثالث في اللواحق

وفيه أيضاً مسائل ، الأولى - الظاهر انه لا خلاف بين الاصحاب « رضوان الله عليهم » في جواز ضمان العهدة ، وهو أن يضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع اذا كان قد قبضه البائع في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله ، بأن يكون مستحقاً لغير البائع ، ولم يجز المالك البيع على تقدير صحة بيع الفضولي أو أجازه ولم يرض بقبض الثمن ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساد كتحلف شرط فيه أو اقترانه بشرط فاسد على القول بكون ذلك مبطلالاصل العقد ، وملخصه اشتغال الذمة بالمضمون على أحد هذه الوجوه وقت الضمان ، فان ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك و كما يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري ، يصح للبائع أيضاً عن المشتري ، بأن يخرج الثمن مستحقاً لغيره وصحوه ، وأن يكون معيباً يستحق الارش به و ظاهر جملة منهم أن دليل هذا النوع من الضمان انما هو الاجماع أو الضرورة فانه لو لم يجز مثله للزم تعطيل بعض المعاملات ، فان كثيراً ما يحتاج الانسان الى المعاملات مع من لا يوثق به في تلف الثمن ، على تقدير بطلان البيع و عمل المسلمين والى ذلك أشار في التذكرة فقال : وهذا الضمان عندنا صحيح ان كان البائع قد قبض الثمن ، الى أن قال : لا طباق الناس عليه في جميع الاعصار ، ولان الحاجة تمس الى معاملة من لا يعرف ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو خرج مستحقاً للغير .

أقول : وكأنه لذلك : قال به من قال : بعدم جواز ضمان الاعيان ، قال في المسالك : وفي الحقيقة هذا فرد من أفراد الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حالة الضمان ، وقد تقدم ما في ضمان الاعيان والمصنف هنا انما رتب الحكم على مذهبه هناك ، أو أن هذا الفرد خارج من البين ، لمكان الضرورة : فان ظاهرهم

الاطباق على جوازه انتهى .

وأنت خبير بما في تعليقاتهم في هذا المقام من عدم الصلوح لتأسيس الأحكام، ولو تم الرجوع الى مثل هذه التعليقات العليلة في تأسيس الأحكام الشرعية لانسع المجال، وكثر الخط في شريعة ذي الجلال، مع استفاضة الاخبار عن الآل بالمنع عن الفتوى الا بما يعلم عنهم (صلوات الله عليهم) والامر بالرد اليهم فيما لم يرد فيه نص عنهم، والامر بالسكوت عما سكت الله عنه وتحوز ذلك كما لا يخفى على من تتبع الاخبار، وجاس خلال تلك الديار .

نعم لا يبعد فيما ذكره في ضمان الثمن بعد التصرف فيه ورجوعه الى الذمة، فانه يصير حينئذ من قبيل ضمان ما في الذمة لاضمان الاعيان، وهو ما لا خلاف فيه، فانه متى كان ثابتاً في ذمة المضمون عنه وضمنه الضامن والحال هذه فانه لا اشكال في صحته .

وقال المحقق الاردبيلي (قدس سره) ولا استبعاد في ضمان الاعيان بمعنى جواز طلب العين ممن في يده و الضامن مخير في وجوب رد العين عليهما، و عوضها بعد التلف بعد الضمان، بل لا يبعد كونه ناقلاً ايضاً بمعنى وجوب الرد، فيطلب العين عن الضامن فيأخذها من المضمون عنه ويردها الى أهلها ان ثبت النقل بالدليل مطلقاً ولا يكون النقل مخصوصاً فيما يمكن من الاموال التي في الذمة .

قال في التذكرة ضمان المال عندنا ناقل للمال من ذمة المديون الى ذمة الضامن على ما يأتي، وفي ضمان الاعيان المضمونة والعهدة اشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه، أما الضامن فللضمان، وأما المضمون عنه فلو جود العين في يده أو تلفها فيه، وفي العهدة ان شاء المشتري طالب البايع وان شاء طالب الضامن، لان القصد هنا بالضمان التوثيق لا غير انتهى .

ولا يخفى عليك ما في هذا الكلام فانه مجرد دعوى وعارية عن الدليل، والبحث في صحة الضمان في هذا المقام واثباته بالدليل الظاهر يمكن بناء ما ذكره من هذه الأحكام عليه، وان كان بنوع من التجوز في بعض الموارد، ومتى كان ذلك غير ثابت ولا صحيح .

فجميع هذا الكلام فتح في غير ضرام ، وتفسير الضمان بمعنى طلب العين ممن في يده كما ذكره في صدر كلامه معجاز بعيد ، لا يصار اليه الا بدليل ، والافمعنى الضمان شرعاً هو انتقال الحق الى نعمة الضامن ، وتفسير النقل بما ذكره من وجوب الرد أبعد ، وقوله والا يكون النقل مخصوصاً بما في الذمة فيه ما تهدمت الاشارة اليه من أنه انما اختص بما في الذمة ، لكونه هو مورد الضمان شرعاً .

وأما غيره مما ذكره في ضمان العين المضمونة والعهدة الراجع اليه أيضاً فليس من الضمان في شيء لعدم الدليل عليه ، فلم يترتب عليه الحكم المذكور وتكلف ترتيبه عليه بهذه التجوزات السخيفة فرع بثوته أولاً ، وليس فليس .

وبما ذكرنا يظهر لك ان ضمان العهدة ان تعلق بالعين الموجودة فهو داخل تحت ضمان الاعيان المضمونة وان كان ظاهرهم هنا الاتفاق عليه للضرورة كما ادعوه بخلافه ثمة لما تقدم من الخلاف في تلك المسئلة وان تعلق بالثمن بعد تلفه واستقراره في الذمة فهو داخل في ضمان الديون التي في الذمة ، ولا اشكال في الصحة.

تنبيهات الاول

قال في التذكرة المنط في ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري : ضمنت لك عهدة أو ثمنه أو دركه أو خلصتك ، والظاهر أن مراد من ذكر هذه الالفاظ مجرد التمثيل ، بمعنى أن كل لفظ يفهم منه ذلك كهذه الالفاظ ونحوها ، فانه ، يقع به الضمان ، ويصح ذلك للبايع أو المشتري ، ومحل الضمان المذكور كل موضع يظهر فيه بطلان العقد ، كما تقدم .

الثاني - قد عرفت ما تقدم أن من شروط صحة ضمان العهدة اشتغال الذمة بالمضمون على أحد الوجوه السابقة ، وحينئذ فالمعتبر في ضمان العهدة وجود الضمان حالته ، فلا جرة بالتجدد بعد ذلك كالفسخ بالتقاييل ، وتلف المبيع قبل القبض ، والفسخ بخيار الحيوان ، وخيار المجلس ونحوها فانه حالة الضمان ليس بفاسد ، ولم يحصل الاستقرار في الذمة الذي هو شرط في الضمان ، فلم يكن مضموناً فضامه على هذا التقدير يكون من قبيل ضمان مال يجب وحينئذ فلا يدخل هذا في ضمان العهدة ، ومثله أيضاً لو فسخ المشتري بعيب سابق فانه لا يدخل ذلك في ضمان العهدة

فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشتري على البائع، ويطلبه به، لأن الفسخ بالعيب انما أبطل العقد من حينه، لامن أصله كما في ضمان المهدة الذي تقدم تحقيقه فلم يكن حالة الضمان وهو وقت البيع مضمونا.

حتى أنه لو صرح بضمانه في ذلك الوقت فسد (١) لأنه ضمان مالم يجب، والذمة انما اشتغلت به بعد الفسخ، والشرط الذي يبنى عليه الضمان كما تقدم هو ضمانه حال اشتغال الذمة به، فوقت الضمان الذمة غير مشغولة، ووقت الاشتغال متأخر لم يقع فيه ضمان، فلم يصادف الضمان محله، ولا يؤثر هنا تقدم سبب الفسخ، وهو العيب الموجود حال البيع، لانك قد عرفت أن المدار على اشتغال الذمة وقت الضمان، وهو غير حاصل، ومجرد تقدم السبب مع أنه قد يرضى به المشتري ولا يفسخ العقد غير موجب لصحة الضمان لما عرفت.

الثالث - قد اشتهر في كلام الفقهاء تسمية هذا الضمان بضمان المهدة، وضمان الدرك، وقد صرح العلامة في التحرير وغيره في غيره بأن المهدة، في الاصل اسم للوثيقة، أو الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع، ويذكر فيه مقدار الثمن وأحواله من وصف وحلول وتأجيل، ثم نقل الى نفس الثمن، وغلب فيه.

وقال في التذكرة: سمي ضمان المهدة لالتزام الضامن مافي عهدة البائع رده، لما ذكره في الصحاح، فقال: يقال في الامر: عهدة بالضم: أي لم يحكم بعد وفي عقله عهدة أي ضعف، فكان الضامن ضمن ضعف العقد، والتزم ما يحتاج اليه فيه من عزم، أو أن الضامن من التزم رجعة المشتري عليه عند الحاجة. انتهى.

وأما تسمية ضمان الدرك فقال في التذكرة ايضاً: وأما الدرك فقال في الصحاح الدرك التبعة، وقيل: سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله. وقال في المسالك: وقيل: يسمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك الشخص عين ماله.

أقول: قال في القاموس الدرك ويسكن: التبعة، وفي الصحاح، الدرك:

(١) فيه اشارة الى الرد على من قال بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه وأنه من جملة ضمان المهدة لتقدم سبب الفسخ وفيه ما عرفت في الاصل. منه رحمه الله:

التبعة ، و قال فى كتاب المصباح المنير بعد أن قال : أدركته اذا طلبته فلقمته ، والدرك بفتحين وسكون الراء لفة من أدركت الشيء ، ومنه ضمان الدرك انتهى .
الرابع - قد عرفت أنه لو فسخ المشتري ببيع سابق فانه لا يدخل ذلك فى ضمان العهدة ، ولا يلزم الضامن الثمن لعدم اشتغال نعمة المضمون عنه وقت العقد بالثمن ، وانما حصل ذلك بعد الفسخ .

وانما يبقى الاشكال (١) (فيما لو طالب المشتري بالارث ، فهل يرجع به على الضامن متى ضمنه لان استحقاقه ثابت وقت العقد ، وهو مناط الفرق بين الثمن والارث ، فيدخل الارث فى ضمان العهدة ، دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب ، فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق المتأخر عن الضمان .

وأما الارث فانه جزء من الثمن ثابت به وقت الضمان ، فيندرج فى ضمان العهدة غاية الامر انه مجهول القدر ، وقد تقدم صحة ضمان المجهول على التفصيل المتقدم ، والحكم هنا مبنى على ما ثبت هناك ، أم لا يرجع نظراً الى أن الاستحقاق للارث انما جعل بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الارث ، والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه بغير الارث ، بل اللازم التخيير بينه وبين الرد ، فلم يتعين الرد الا بالاختيار .

و ملخص الاشكال المذكور يرجع الى أن الارث هل هو ثابت بالعقد ، وانما يزول بالفسخ ، والرجوع الى الثمن أو أن سببه وان كان حاصل ، فانه لا يثبت الا باختياره ، ولعل الاول أقرب ، بناء على هذه التعليقات ، نظراً الى أن الارث كان واجباً بالاصل ، لانه عوض جزء فابت من مال المعاوضة ، ويكفى فى ثبوته بقاء المشتري على الشراء وانما ينتقل الى الثمن باتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاماً ، والله العالم .

المسألة الثانية - قالوا : اذا خرج المبيع مستحقاً رجع على الضامن ، أما

(١) وفيه اشارة الى أنه لو كان الضمان انما هو بعهدة الثمن فانه لا يشمل الارث ، الا أن يكون ذلك معلوماً ومقصوداً منهما ، ويمكن أن يكون هذا وجه الرد والاشكال ، وأما اذا ضمن الارث وخرج به ، فانه لا اشكال فى صحة الضمان لما ذكرناه فى الاصل ، وظاهرهم أن محل الخلاف انما هو اذا ضمن الثمن خاصة ، وكلام الاكثر خال من التخصيص بالثمن . منه رحمه الله .

ج ٢١ في رجوع المشتري الى الضامن اذا خرج المبيع مستحقاً ٤١

لو خرج بعضه فانه يرجع على الضامن بما قابل المستحق ، وكان في الباقي بالخيار ، فان فسخ رجع بما قابله على البايع خاصة .

أقول : أما الكلام فيما اذا خرج الجميع مستحقاً فظاهر ، وأما فيما لو خرج بعضه مستحقاً فانه يطالب الضامن بحصته من الثمن ، وذلك فان ثمن ذلك البعض حيث أن البايع باعه ، وهو لا يستحقه بقى في نعمة البايع وقت البيع ، فصح ضمانه . ولو قلنا بصحة بيع الفضولي توقف على اجازة المالك لذلك البعض ، فان أجازته صح ، وان لم يجز فالحكم كما ذكر ، ثم ان المشتري يتخير بين الفسخ لتبعض الصفقة ، وبين الرضا على الوجه المذكور ، فان فسخ في الباقي رجع بثمنه على البايع خاصة على المشهور ، لعدم تناول الضمان له ، فان ثبوت ثمن هذا الباقي انما حصل بعد الفسخ ، لاحال الضمان ، ومن شرط الضمان كما تقدم اشتغال الذمة بالمضمون حال الضمان .

ونقل عن الشيخ الخلاف هنا ، والقول بجواز الرجوع على الضامن للجميع قال في المختلف : اذا خرج بعض المبيع مستحقاً رجع المشتري على الضامن للعهد بما قابل المستحق من الثمن ، فان فسخ البيع لتبعض الصفقة ، قال الشيخ : رجع بما قابل الباقي أيضاً على الضامن ان شاء ، وليس بجيد ، لنا انه حصل بسبب متأخر وهو الفسخ المتجدد بعد البيع ، فلا يرجع به على الضامن لعدم دخوله في ضمانه ، لانه لم يجب وقت الضمان ، احتج الشيخ : بأن السبب فيه الاستحقاق الذي حصل في بعضه ، والجواب المنع ، بل السبب الفسخ ، انتهى .

أقول : قد تقدم في مسألة الرجوع بالارض بسبب العيب ان الأشهر الاظهر الرجوع به على الضامن ، لوجود سبب الاستحقاق وقت الضمان ، فانه ضمنه ، والمبيع معيب يستحق للمشتري فيه الارش ، لانه عوض من ذلك الجزء الفائت من المبيع وما نحن فيه كذلك كما ذكره الشيخ ، فان تبعض الصفقة الذي هو سبب الفسخ الناشئ من استحقاق بعض المبيع كان متحققاً وقت البيع ، والقائل - بعدم جواز الضمان هنا - عليه بيان الفرق بين الموضعين ، فانهما من باب واحد لا يعرف بينهما فرق ، وبذلك يظهر أن المسألة لا تخلو من الاشكال ، والله العالم .

المسألة الثالثة - قالوا لو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح ، لانه ضمان مالم يجب ، والمراد أنه حيث كان للمشتري التصرف فيما يشتره بالبناء والغرس ونحو ذلك ، فلو خاف ظهور كون المبيع مستحقاً ويذهب ما يفرسه فيه وبينه مجاناً فضمن له ضامن أنه ان ظهر كونه مستحقاً وقلع المالك الغرس وهدم البناء فهو ضامن لدرك ذلك ، هل يصح هذا الضمان أم لا ؟ الوجه أنه لا يصح ، لانه ضمان مالم يجب ، لانه حين الضمان لم يكن مستحقاً للأرض على البايع ، وانما استحقه بعد القلع ، وخراب البناء ، المتأخرين عن وقت الضمان .

والمراد بالدرك الذي ضمنه الضامن هو الأرض الذي يلزم للمشتري في مثل هذه الصورة ، وهو تفاوت ما بين قيمة تلك الاشجار ، والبناء مثبتة ومقلوعة ، ويأتي على ما تقدم من صحة الضمان مع تقدم سبب الاستحقاق صحة الضمان هنا ، لانه وان كان الأرض غير مستحق الا بعد القلع وهو الذي بنى عليه عدم الضمان كما عرفت ، الا أن سببه كان موجوداً وقت الضمان ، وهو كون الأرض مستحقة للغير ، فينبغي جريان الاحتمال السابق فيما نحن فيه ، وحيث انه قد تقرر وعلم أنه اذا ظهرت الأرض مستحقة وقد بنى المشتري فيها أو غرس ، فأزال المالك ما أحدثه فان له الرجوع على البايع بالأرض كما تقدم ، فلو ضمن البايع والحال هذه درك ذلك . فهل يصح الضمان ، قيل : نعم ، لانه لازم بنفس العقد ، وكأنه أريد انه لازم بالعقد ضمن أم لم يضمن ، فضاوته يصير مؤكداً .

وأورد عليه بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً له على الانتفاع مجاناً ضمانه ، لعقد الضمان ، مع عدم شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان ، فعدم الصحة أولى .

وبذلك يظهر أنه ليس الخلاف في ثبوته على البايع أم لا فانه ثابت عليه بغير اشكال كما تقدم ، بل الخلاف انما هو في ثبوته بسبب الضمان - وان كان ثابتاً بدونه ، بمعنى أن كلا منهما سبب عليحدة ، ويظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عن البايع حق الرجوع بسبب البيع ، فانه يبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما فان له الفسخ بالآخر ان شاء ، والله العالم .

المسألة الرابعة - اذا اختلف الضامن والمضمون له في قبض مال الضمان وادعى الضامن دفعه مع كون ضمانه باذن المضمون عنه ، وانكر المضمون له ذلك فان مقتضى القاعدة أن القول قول المضمون له يمينه ، لانه منكر ، والاصل عدم الدفع فهانذا أحوال :

الاولى - هذه الحال ومقتضاها أنه ليس للضامن رجوع على المضمون عنه بشيء لانه انما يرجع عليه بما غرمه ، وهنالما يتحقق غرمه ، واستحقاق الرجوع مشروط به وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون ضمانه بالاذن وعدمه ، وانما قيدنا بالاذن أولاً ليرتب الاحكام الاتية عليه ، اذ لانهمه مع التبرع - ولا رجوع .

الثانية - أن يشهد المضمون عنه للضامن بأنه دفعه ، بشرط عدالته وعدم تطرق التهمة اليه ، فانه ثبت شهادته على القول بدفعه ، والوجه فيه أن شهادته بذلك متضمنة للشهادة على نفسه ، حيث انه لما كان الضمان باذنه موجباً لرجوع الضامن عليه فشهادته بالأداء شهادة على نفسه ، وشهادة لغيره فتسمع ، الا أن يتطرق اليها التهمة . وقد فرضوا للتهمة صوراً ، منها - أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق ، فيكون رجوعه انما هو بذلك الاقل ، فشهادته المضمون عنه له بذلك تجبر الى نفسه فغا ، فان ذلك اذا لم تثبت يبقى مجموع الحق في نعمته للضامن .

ورد ذلك بأنه يكفي في سقوط الزايد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت بالبينه كما سيأتي ، وعلى هذا تندفع التهمة فتقبل الشهادة . قالوا : ومنها أيضاً أن يكون الضامن معسراً ثم يعلم المضمون له باعساره ، فان له الفسخ حيث لا تثبت الاداء ، ويرجع المضمون له على المضمون عنه ، فيدفع بشهادته عود الحق الى نعمته .

ومنها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر بالفلس ، والمضمون عنه عليه دين ، فانه يوفر بشهادته مال الضمان ، فيزداد ما يضرب به .

الثالثة - أن لا يكون شهادة المضمون عنه مقبولة لاحد الوجهين المتقدمين ، فيحلف المضمون له ، فانه متى حلف كان له مطالبة الضامن ، ويرجع الضامن على المضمون عنه بما ادعا أنه اداء أو لا ، لاعترافه بأنه لا يستحق سواء ، وأن ما أخذ

منه بعد اليمين انما هو ظلم وعدوان ، مع موافقة المضمون عنه له على ذلك ، وينبغي أن يعلم أن رجوعه بمادفعه او لامقيد بأن يكون مساوياً للحق أو أقل منه ، والأرجح بأقل الأمرين لانه لا يستحق الرجوع بأزيد من الحق .

الرابعة - لو لم يشهد المضمون عنه قالوا : يرجع الضامن بما اداه أخيراً ، لانه لم يثبت ظاهراً أداء سواء ، هذا اذا لم يزد على ما ادعاه اولاً ولا على الحق ، والأرجح بالأقل من الثلاثة ، لان الأقل ان كان هو ما غرمه اولاً فلزعمه أنه لا يستحق سواء ، فان الثاني ظلم ، وان كان الأقل ما غرمه ثانياً ، فلاله لم يثبت ظاهراً سواء ، وان كان الأقل هو الحق ، فلاله انما يرجع بالأقل من المدفوع والحق ، هذا .

اقول : وعندى فى الفرق بين هذه الصورة وسابقتها تأمل . حيث حكم فى هذه بالرجوع بما أداه أخيراً لما ذكر دافى سابقتها بما أداه اولاً لما تقدم ، مع امكان اجراء كل من العلتين بل فى كل من الموضعين .

وبالجملة فالغرض من التطويل بهذه الأحكام مع عدم النصوص فيها من أهل الذكر (عليهم السلام) تشجيع الأذهان و الأفهام ، والاطلاع على تفرعاتهم فى كل مقام ، مع أن جملة منها لا يمكن استنباطه من القواعد الشرعية ، والضوابط المرعية ، والعمل على الاحتياط ، فى كل حكم خلا من النصوص . والله العالم .

المسألة الخامسة : اذا كان له على رجلين مال ، فضمن كل منهما صاحبه ، فانه لا اشكال فى صحة هذا الضمان من استكمال شرائطه المتقدمة ، وعلى هذا يتحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه ، وحينئذ فان تساوى المالان وكان ضمان كل واحد بسؤال الآخر و لم يتغير وصف الدين بالحلول والتأجيل ، ففائدة هذا الضمان تما كسهما فى الامالة والفرعية .

و مما يترتب على ذلك ، مالو أبرء المضمون له أحدهما ، فانه يبرء الآخر ، وهذا الابراء انما ينصرف الى ما ضمنه عن صاحبه ، لانه هو الباقي فى نعمته للمضمون له ، والا فأسل المال الذى دفعه قد انتقل بالضمان الى ذمة صاحبه ، فلامعنى للابراء منه كما تقدم ، وحينئذ فاذا أبرأه من مال الضمان لم يكن له الرجوع على صاحبه ، لانه لا يرجع عليه الا بما اغترمه عنه ، والحال أنه لم يغرم شيئاً بسبب الابراء ، فمن

أجل ذلك برئت ذمة الآخر من ذلك .

وأما ما اشتغلت به ذمة الآخر من مال الضمان الذى ضمنه عن ذلك الذى أبرأ المضمون له ، فهو باق فى ذمته فبرائة ذمة الآخر انما هو مما كان عليه لامما ضمنه ، وانما يتحول ما كان على كل واحد الى صاحبه مع ضمائهما دفعة ، ورضى المضمون له بهما فلو ردا حدهما واجتمع الحقان على الآخر ، وكذا لو ضمنا على التعاقب اجتمعا على الاخير الا أن يحصل التخصيص . (١)

المسألة السادسة - اذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال ، أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه ولو أبرأ من بعضه لم يرجع على المضمون عنه الا بما اداه ولو أبرأه منه كمالا لم يرجع بشئ ، وكذا لو دفع الضامن عرضا فى ذمته للمضمون له ، فانه يرجع على المضمون عنه بأقل الامرين من قيمته السوقية ومن أصل الدين .

قال فى المسالك : ولا فرق فى ذلك بين أن يكون قد رضى المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد ، وبين ان يصالحه الضامن به عن ماله ، فلو كان ثوبا يساوى مائة وصالحه عن الدين وهو مائتان لم يرجع الا بقيمة الثوب هذا اذا جرى البيع على العرض بنفس المال المضمون له .

أما لو صالحه عليه فى المثال بمائتين مطلقا ثم تقاسا فالمتجه رجوعه بالمائتين لانها ثبت له فى ذمته بغير الاستيفاء ، وانما وقع الاطء بالجميع ، ويحتمل الرجوع بقيمته خاصة ، لان الضمان وضع للارفاق ، وتوقف فى التذكرة فى ذلك . انتهى .

اقول : وقد تقدم الكلام فى هذه المسألة فى الموضع الخامس والموضع العاشر من البحث الاول .

(١) ووجهه أنه اذا ضمن زيد ما فى ذمة عمرو انتقل ما فى ذمة عمرو الى ذمة زيد مع ما كان فى ذمة زيد اولا ، وحيث أن اذا ضمن عمرو ما فى ذمة زيد انتقل جميع ما فى ذمة زيد من الدين الذى عليه اولا ومال الضمان الذى ضمنه عن عمرو كله الى ذمة عمرو ، أما لو خصص الضمان فان قال : ضمنت ما فى ذمتك من المال الذى استدته من فلان اختص الضمان به ، وهذا فائدة القيد الذى رويته فى الاصل . منه رحمه الله .

المسألة السابعة - قد صرح الاصحاب بجواز ترامي الضمان ودوره ، بأن يضمن ضامن ثم يضمن عنه آخر وهكذا الى عدة ضماناء ، ولامانع منه لتحقيق شرطه ، وهو ثبوت المال في نعمة المضمون عنه ، وهو هنا كذلك ، وحينئذ فيرجع كل ضامن على من ضمن عنه اذا كان الضمان باذنه بما أدام عنه ، ويصح دوره ، بأن يضمن الاصل ضامنه ، أو ضامن ضامنه وان تعدد ، فيسقط بذلك الضمان ، ويرجع الحق كما كان ، ويترتب عليه أحكامه ، كما لو وجد المضمون له الاصل . الذي صار ضامنا معسرا مثلاً .

فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق ، وقد يختلفان بأن يضمن الحال مؤجلاً ، وبالعكس كما تقدم في الموضع السابع من البحث الاول ، وقد تقدم نقل خلاف الشيخ في ذلك . والله العالم .

المقصد الثاني في الحوالة

والبحث فيها يقع في مسائل : **الاولى :** قيل الحوالة عقد شرع لتحويل المال من نعمة الى نعمة مشغولة بمثله ، وفي التذكرة : عرفها بأنها تحويل الحق من نعمة الى نعمة ، ولم يشترط في النعمة المحول اليها الاشتغال بمثل المال المحول ، ادخالا للحوالة على البريء في التعريف المذكور ، وظاهر التعريف الاول خروجه ، مع أنهم عدوا الحوالة على البريء من هذا الباب ، وأورد على العلامة في تعريفه في التذكرة - بأنه وان قصد باسقاط هذا القيد المحاولة لادخال هذا الفرد لئلا ينتقض التعريف في عكسه ، إلا أنه وقع فيما هو أصعب منه ، لشموله حينئذ للضمان بالمعنى الاخص لأن المال يتحول فيه من نعمة المضمون عنه الى نعمة الضامن ، فانتقض في طرده .

وأجاب عنه المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) ، بأن المراد كما هو الظاهر التحويل من نعمة المحول الذي هو المحيل لامطلقاً ، قال : على أنه ليس أصعب ، لان التعريف بالأعم جائز عند المتقدمين ، بخلاف الاخص فانه غير جائز عند أحد فقوله في شرح الشرايع : فوقع فيما هو أصعب منه محل التأمل ، انتهى .

ثم ان في تعريفهم لها بأنها تحويل الحق أو تحويل مال ، ما يشير الى أن الحوالة نافذة للمال من نعمة المحيل الى نعمة المحال عليه ، ومن أجل ذلك سميت حوالة .

قال في التذكرة : الحوالة عقد لازم ، فلا بد فيها من إيجاب وقبول ، كغيرها من العقود ، والإيجاب كل لفظ يدل على النقل والتحويل مثل أحلتك وقبلتك وابتعتك ، والقبول ما يدل على الرضا نحو رضيت وقبلت ، ولا تقع معلقة بشرط ولا صفة ، بل من شرطها التنجيز ، فلو قال : إذا جاء رأس الشهر أو إن قدم زيد فقد أحلتك عليه لم يصح ، لاصالة البرائة وعدم الانتقال ، ولا يدخلها خيار المجلس . لانه مختص بالبيع ، وليست بيعاً عندنا ، وهل يدخلها خيار الشرط ، منع منه أكثر العامة ، والحق جواز دخوله لقولهم (١) (عليهم السلام) : « كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فانه جائز » ، ولو قال : أحلني على فلان ، فقال أحلتك ، افتقر الى القبول ، ولا يكفي الإيجاب ، انتهى .

أقول : قد عرفت في غير موضع ولا سيما في كتاب البيع مما في اشتراطهم للإيجاب والقبول ونحوهما من الشروط التي أوجبوها في العقود من عدم الدليل على ذلك ، بل إطلاق الاخبار وعبارات العقود المذكورة فيها ترد جميع ما ذكره ، وأن الامر في العقود أوسع مما ضيقوه ، والظاهر أيضاً تطرق المناقشة الى ما ذكره من عدم جواز كونها معلقة على شرط ، لعدم الدليل عليه ، ولعموم (٢) «المسلمون عند شروطهم» ، والله العالم .

الثانية - لا يخفى أن أركان الحوالة ثلاثة : المحيل ، والمحتال ، والمحال عليه ويعتبر رضا الثلاثة عند الاصحاب ، أما المحيل فموضع وفاق ، قال في التذكرة : يشترط في الحوالة رضي المحيل ، وهو الذي عليه الحق اجماعاً ، فلو اكره على أن يحيل فأحال بالاكراه لم يقع الحوالة ، ولا يعرف فيه خلافاً ، فان من عليه الحق مخير من جهات القضاء ، فله أن يقضى من أى جهة شاء ، لا يتعين عليه بعض الجهات قهراً . وأما المحتال فالوجه في اعتبار رضاه أن حقه ثابت في ذمة المحيل ، فلا يلزمه نقله الى ذمة اخرى الا برضاه ، والحكم في ذلك أيضاً اجماعى كما صرح به في التذكرة ، فقال : يشترط رضا المحتال عند علمائنا أجمع ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ، ثم ذكر نحو ما ذكرناه من التعليل .

وأما المحال عليه فالمشهورين أصحابنا (رضوان الله عليهم) اعتبار رضاه أيضاً، (١) بل ادعى عليه الشيخ الاجماع ، قال في المختلف : احتج الشيخ على ما اختاره بأن الاجماع واقع على صحة الحوالة مع رضى المحال عليه ولادليل على صحتها من غير رضاه، ولأن اثبات المال في ذمة الغير مع اختلاف الفرما في شدة الاقتضاء وسهولته تابع لرضاه.

ويمكن أن يجاب بأن نفي الاجماع نفي دليل خاص ، ونفي الخاص لا يستلزم نفي العام ، مع أن الاصل يقتضي الصحة لقوله تعالى «أوفوا بالعقود» (٢) ، ومنع اعتبار رضاه كما لو باعه ، ولم يقف على حديث - يتضمن ما ادعاه - علمائنا في هذا الباب ، مع أن الشيخ المفيد لم يذكر اعتبار رضى المحال عليه ، بل عبارته تشعر بعدم اعتبار رضاه ، ثم نقل العبارة المذكورة ، ثم قال : وكذا قال الشيخ في النهاية . أقول : لا يخفى أنه وإن لم يرد في الاخبار ما يقتضي رضى أحد من هذه الثلاثة المذكورة ، إلا أن ما علل به رضى الاولين مضافاً الى الاجماع على ذلك لا يخلو من قوة ، وأما ما علل به الاخير فهو ظاهر الضعف عند التأمل ، ومثله أيضاً ما قيل : من أن الاصل بقاء المال في ذمة المحال عليه للمحيل ، فيستصحب .

والتحقيق كما ذكره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك : أن المحيل قد أقام المحال مقامه في القبض بالحوالة ، فلا وجه لافتقاره الى رضاه من عليه الحق ، كما لو وكله في القبض منه ، بخلاف الاولين لما عرفت .

(١) المفهوم من كلام العلامة في التذكرة أيضاً عدم الخلاف في ذلك حيث قال : في أصحابنا من يشترط رضى الثلاثة ، وقال في موضع آخر : ويشترط عندنا رضى المحال عليه ، ثم نقل الخلاف عن بعض العلامة قط ، وهو كما ترى ظاهر فيما قلناه ، مع أنه في المختلف كما نقلناه في الاصل خالف في ذلك ، وتبعه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، وهو الاقرب كما أوضحناه في الاصل ، ويشير أيضاً الى وجود الخلاف في المقام ، ما في عبارة ابن حمزة على ما نقله في المختلف ، حيث قال : تصح الحوالة بشروط عشرة الى أن قال : ورضى المحال عليه على الصحيح ، قال في المختلف وهو يشعر بوجود قول لبعض أصحابنا ينفيه وأنه لا يعتبر رضاه ، انتهى وبذلك يظهر ما في كلام المحقق الاردبيلي حيث أنه نسب الخلاف في هذه المسألة الى الشهيد الثاني في المسالك خاصة مع اعترافه بنقل الشيخ الاجماع وفيه ما عرفت . منه رحمه الله .

(٢) سورة المائدة - الآية ١

و اختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع مطالبة المستحق و من يعينه لذلك ،
والتوقف على رضا محل البحث ، فآخذ في الدليل بمصادرة محضة .

قوله : ولان اثبات المال في ذمة الغير تابع لرضاه ، بمعنى أن ثقله من ذمة
المحيل الى ذمة المحال عليه يتوقف على رضاه ، يمكن دفعه ، بأن يمنع من اقتضاء
الحوالة النقل ، وانما هي ابقاء لما في ذمة الغير ، فلا تضر عن بيعه كما أشار اليه
العلامة فيما تقدم من جوابه عن كلام الشيخ ، وأصالة بقاء الحق معارضة بأصالة عدم
الاشتراط ، والاستصحاب قطع بما ذكرناه ، خصوصاً مع اتفاق الحقيين جنساً ووصفاً .
نعم لو كانا مختلفين وكان القرض استيفاء مثل الحق المحال ، توجه اعتبار
رضى المحال عليه ، لأن ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة ، فلا بد من رضى المتعاضدين ، ومع
ذلك لو رضى المحتال باخذ جنس ما على المحال عليه ، زال المحذور .

وبذلك يظهر قوة القول بعدم اشتراط رضى المحال عليه ، الا في صورة اختلاف
المال المحال ، مع ما في ذمة المحال عليه ، وعدم رضا المحتال بأخذه ، لما عرفت .
تنبيهات الاول - ينبغي أن يعلم أنه على تهدير القول المشهور من اعتبار رضى
الثلاثة فان اعتبار رضى المحال عليه ليس على حسب رضى الآخرين ، فان الآخرين ركنا
العقد الذي لا يتم الا بالايجاب والقبول ، فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ،
و يعتبر في عقدها عند الاصحاب ما يعتبر في غيره من العقود من اللفظ و المقاربة
وتحويها بخلاف المحال عليه ، فانه يعتبر رضا كيف اتفق ، مقارناً أو مترخياً ،
أو متقدماً أيضاً ، لحصول القرض المطلوب منه على كل من هذه الوجوه .

الثاني - لا يخفى أنه على ما اخترناه من القول بعدم اعتبار رضى المحال عليه ،
انما يتجه فيما اذا كان مشغول الذمة بمال المحيل ، أما لو كان يرى الذمة و قلنا
بصحّة الحوالة كما هو أصح القولين - فانه يشترط رضا اجمالاً .

الثالث - ان ما تقدم من الاجماع على اشتراط رضى المحيل في صحّة الحوالة
منصوص بما اذا لم يتبرع عنه متبرع بوفاء الدين الذي عليه ، أما لو تبرع المحال
عليه بالوفاء فانه لا تعتبر رضى المحيل قطعاً ، لانه وفاء دينه و ضمانه بغير اذنه ،

والعبارة عن أن يقول المحال عليه للمحتال : احتلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي ، فيقبل ، وفي هذه الصورة انما يشترط رضى المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد .

الثالثة - المشهور انه مع تحقق الحوالة فانه يبرأ المحيل من حق المحتال من غير أن يتوقف على الإبراء بل يبرىء بمجرد الحوالة ، وذهب الشيخ : في النهاية وابن الجنييد والشيخ المفيد وابن البراج وابن حمزة وأبو الصلاح الى توقف ذلك على الإبراء زيادة على الحوالة ، وقال ابن ادريس ومن تأخر عنه : بالاول .

ويدل على ما ذهب اليه المشايخ المتقدم ذكرهم : ما رواه ثقة الاسلام والشيخ بأسانيد فيها الصحيح عن زرارة (١) عن أحدهما (عليهما السلام) في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له : الذي احتال : برئت من ما لى عليك ، قال : اذا ابرأه فليس له أن يرجع اليه ، وان لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله . وهي ظاهرة الدلالة فيما ذكره : والمفهوم منها أن الحوالة لا تفيد نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، لانه مع حصول النقل بالحوالة لا يصادف الإبراء محلاً .

هذا ان تأخر الإبراء عن الحوالة ، والالم يصادف الحوالة محلاً ، ولاخلاف بين الاصحاب في أن الحوالة تفيد نقل المال الى ذمة المحال عليه ، وأن المحتال ليس له الرجوع على المحيل .

وعلى ذلك تدل الاخبار ، ومنها ما رواه في الكافي (٢) عن منصور بن حازم فقال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه قال : لا يرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك . وما رواه الصدوق في الفقيه (٣) عن أبي أيوب أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام)

(١) الكافي ج ٥ ص ١٠٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١١ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٠٤ ح ٤ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ٣ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ الباب ١١ ص ١٥٨ ح ٢ و ٣ و ١٠

عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك .

وما رواه في التهذيب (١) عن عقبة بن جعفر عن أبي الحسن (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصير في ثم يتغير حال الصير في أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضى فقال : لا .

وهذه الاخبار كما ترى ظاهرة في نقل الحوالة وبرائة ذمة المحيل بعد الحوالة ، للمنع من رجوع المحتال عليه معتضدة باتفاق الاصحاب على ذلك . وبالجمله فان كلاً من الحوالة والبرائة موجب لخلو ذمة المحيل ، فأيهما سبق كان الثاني لاغياً ، لا أثر له .

وبه يظهر ما في الرواية المذكورة من الاشكال ، ومخالفة القواعد الشرعية (٢) وقد تأولها الاصحاب بتأويلات بعيدة ، أقلها بعداً ما ذكره في المسالك ، وهو أن البراءة في الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة ، فمعنى قوله برئت من مالي عليك أي رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل ، فبرئت أنت فكنتي عن الملزوم باللازم وهكذا القول في قوله : ولو لم يبرأه فله أن يرجع ، لان العقد بدون رضا غير لازم ، فله أن يرجع فيه .

ومذهب جمهور العامة في هذه المسألة موافق لمذهب أصحابنا في عدم التوقف على البرائة ، ويمكن حملها على التقية ، لانهذا الاعتبار ، بل باعتبار ما قدمناه في المقدمة الاولى من المقدمات المذكورة في صدر كتاب الطهارة من أنهم (صلوات الله عليهم) كثيراً ما يقصدون المخالفة في الاحكام تقيةً وان لم يكن بها قائل من العامة محافظةً على الشيعة لوافقوا على نقل الاحكام عنهم كما تقدم تحقيقه ثمة ، فان الخبر كما عرفت : فيه من الاشكال ، ومخالفة القواعد المتفق عليها ما يمنع من العمل به .

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٥٨ ح ٤ .

(٢) منها ما اذا ظهر اعسار المحال عليه حل الحوالة فان له الرجوع على المحيل اذا لم يبرمه ، ومنها ما اذا اشترط المحيل البرائة فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه فلا يخفى فيه من البعد عن سياق الخبر وان كان في حد ذاته جيداً الا ان فهم ذلك من الخبر انما هو من قبيل الالغاز والمعما . منه رحمه الله .

وما ذكر من التأويلات لا يخلو من التعسف ، وليس بعد ذلك إلا ما ذكرناه . والله العالم .
الرابعة - قد صرح جملة من الاصحاب ، والظاهر أنه المشهور ، بجواز
 الحوالة على البريء للأصل ، فإن الأصل الجواز ، والأصل أيضاً عدم اشتراط شغل
 ذمة المحال عليه بمال المحيل .

والشيخ في المبسوط في أول كتاب الحوالة جوزها على من ليس عليه شيء
 للمحيل ، ثم قوى في آخره المنع ، ولم ينقل المنع هنا عن غير الشيخ .
 قال في المسالك : ومبنى القولين على أن الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض ؟
 فعلى الأول يصح دون الثاني ، لأنه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضاً عن
 حق المحتال .

أقول : لا يخفى أن الوارد من الاخبار في هذه المسئلة ، وهو ما قدمناه في
 سابق هذه المسئلة ، وليس غيره في الباب دالاً بظاهر اطلاقه على صحة الحوالة ،
 أهم من أن يكون المحال عليه مشغول الذمة أو بريئاً ، فالأظهر في الاستدلال على
 هذا الحكم هو الاستناد الى اطلاق الاخبار المذكورة ، وعدم التعويل على هذه
 الاعتبارات المتكلفة ، والله العالم .

الخامسة - من شروط الحوالة رضي الثلاثة المتقدم ذكرهم ، وقد عرفت الكلام
 في الاتفاق على المحيل والمحتال ، والخلاف في المحال عليه .
 ومنها كمالهم وعدم الحجر عليهم ، وأكثرهم لم يذكر هذا الشرط وكأنه
 لظهوره والاكتفاء بذكره في أمثال هذا المقام من الضمان ونحوه .

ومنها أنه يشترط ملأه المحال عليه أو العلم بأعساره وقت الحوالة ، فلو قبل
 الحوالة جاهلاً بحاله ثم بان أعساره وقت الحوالة كان له فسخ الحوالة ، والرجوع
 على المحيل ، ويدل عليه ما تقدم من رواية منصور بن حازم (١) ورواية أبي أيوب (٢) .
 ولو كان وقت الحوالة ملياً ثم تجدد له الأعسار فلا خيار ، وتدل عليه رواية
 عقبة بن جعفر المتقدمة (٣) ومفهوم الرايتين المذكورتين أيضاً حيث منعنا من

(١) ص ٥٠

(٢) ص ٥٠

(٣) ص ٥١

الرجوع بعد الحوالة مطلقاً الا في صورة افلاسه وقت الحوالة .
ولو انعكس القرض المذكور بأن كان وقت الحوالة معسراً ثم تجددت الملائة
قبل أن يفسخ المحتال ، فهل يزول الخيار أم لا ؟ اشكال ، لزوال الضرر المترتب على
الاعسار ، فيزول الخيار ، ومن ثبوت الخيار أولاً فيستصحب ، لأن الموجب للخيار
ليس هو الاعسار مطلقاً ، ليزول بزواله بل الاعسار وقت الضمان وهو ، متحقق فيثبت
حكمه ، ووجهه في المسالك ، فقال : بأن الأقوى ثبوت الخيار لذلك .
ومنها ثبوت المال في ذمة المحيل للمحتال اجمعاً ، فلو لم يكن المحيل
مشغول الذمة للمحتال لم تصح الحوالة ولم تتحقق .
نعم لو أحال على شخص والحال هذه فان كان ذلك الشخص المحال عليه غير
مشغول الذمة ، فان هذه الحوالة تصير وكالة في القرض منه . فهي وكالة ، وإن كانت
بهذا اللفظ : فانها جائزة بكل لفظ دل على ذلك ، وإن كان مشغول الذمة فهي وكالة
أيضاً ، لكن في الاستيفاء .
وبالجملة فان ما لم يكن ثابتاً في الذمة لا تجزى الحوالة فيه ، وإن وجد سببه
كمال الجعالة قبل العمل ، فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجهول له ، لعدم ثبوته ،
أما لو أحال به المجهول له على الجاعل لمن له عليه دين ثابت ، فانه يجوز ، بناءً
على القول بصحة الحوالة على البريء .
ومنها أن يكون المال المحال معلوماً عند المحيل ، فلو أحاله بمال مجهول
عنده كما لو أحاله بماله من الدين لم يصح للقرر ، ولأن الحوالة اما أن تكون
اعتياًضاً أو استيفاءً وعلى الاول فلا يصح على المجهول ، كما أنه لا يصح بيعه ، وعلى
الثاني فانه انما يمكن استيفاء المعلوم .
قال في التذكرة : ويحتمل هنا (١) الصحة ، ويكون على المحال عليه للمحتال
ما يقوم به البيئته ، كما قلنا في الضمان ، ولا فرق في اشتراط كونه معلوماً بين أن

(١) أنه على تقدير كونه استيفاءً . منه رحمه الله .

يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبد والثوب خلافاً للشيخ: (١) وجماعة حيث منعوا من جواز الحوالة بالقيمي، لكونه مجهولاً.

ورد بأنه معلوم بالوصف المصحح للبيع، والواجب فيه القيمة وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه، فلا مانع مع شمول عموم الأدلة.

ومنها سبق اشتغال ذمة المحال عليه عند بعض، وهو من قال بعدم جواز الحوالة على البريء، وأما على ما قد عناه من القول بالجواز فإنه لا وجه لهذا الشرط. ومنها أنه يشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً تفصيلاً من التسلط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يرفع المثل ما عليه، وتتردد المحقق في الشرايع في هذا الشرط. قال في التذكرة: من مشاهير الفقهاء وجوب تساوي الدينين، أعني الدين الذي للمحتال على المحيل، والدين الذي للمحيل على المحال عليه جنساً ووصفاً وقدرًا، فلو كان له دنانير على شخص فأحاله عليه بدراهم لم يصح، لثلا يلزم التسلط على المحال عليه بما لا يستحق، وأما قدرًا (٢) فلا يجوز التفاوت بمعنى

(١) قال الشيخ في المبسوط: إنما تصح الحوالة في الأموال التي هي ذوات الامثال، ونحوه كلام ابن حمزة، وقال ابن الجنيّد: الحوالة جائزة بسائر ما يصح السلم فيه من الامتعة مع من تجوز ذلك معه ولم يذكر الشيخ المفيد ولا السلاسل ولا ابن ادريس ذلك، قال في المختلف: والمعتمد عدم الاشتراط كما قاله ابن الجنيّد: أصالة صحة العقد علم اشتراط كونه مثلياً، احتج المانعون بأنه مجهول، والجواب المنع من الجهالة، بل ربما يوصف به السلم، قال الشيخ في الخلاف: نمنع كونه مجهولاً، لأنه لا بد أن يكون معلوماً يعني الحيوان بوصفه وسننه وجنسه، فإن لم يكن كذلك لم يصح الحوالة، انتهى، منه رحمه الله.

(٢) أقول: المراد بقوله وأما قدرًا إلى آخره أنه لو كان للمحيل في ذمة المحال عليه عشرة، وللمحتال في ذمة المحيل خمسة، فلا يحيل تلك الخمسة على تلك العشرة، بمعنى أنه يأخذ تلك العشرة عوض هذه الخمسة، وكذا بالعكس لما عله به في التذكرة قال: إن هذا العقد للرافاق ولا يصل كل حق إلى مستحقه ولم يوضع لتحصيل زيادة أو حط شيء، والمراد بذلك وقوع المعاوضة بالقليل عن الكثير وبالعكس، انتهى. نعم على تقدير التفاوت بين الدينين يجوز الحوالة بالمساوي كأن يحيل إليه في الصورة الأولى بخمسة من تلك العشرة، قال في التذكرة: وللشافعية وجه في الأحالة بالقليل على الكثير أنها جائزة، وكان المحيل يتبرع بالزيادة. منه رحمه الله.

الحوالة بالزايدي على الناقص وكذا العكس ومع التفاوت يجوز بالمساوى ، وأما الاجل فيجوز الحال بالحال ، والمؤجل بمثله وبالحال والابعد بالانقص لا العكس ، لانه تأجيل حال . نعم لو شرط في الحوالة في الحالين عدم القبض الابدأ أشهر مثلاً يجوز ، لدليل وجوب العمل بالشرط . انتهى .

كذا نقل عنه المحقق الاردبيلي (قدس سره) في شرح الارشاد ، والظاهر أنه نقل بالمعنى لملخص ما ذكره في الكتاب المذكور ، كما لا يخفى على من راجع كتاب التذكرة .

أقول : وتفصيل الكلام في المقام هو أن الشيخ (رحمة الله عليه) وجماعة ذهبوا الى اشتراط تساوى المالىن أى المال المحال به ، والمال المحال عليه جنساً ووصفاً ، لان حقيقة الحوالة تحويل ما في نعمة المحيل الى نعمة المحال عليه ، فإذا كان الدين الذى على المحيل دراهم مثلاً ، والدين الذى على المحال عليه دنانير ، فكيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم ، ولم يقع عقيدوب التقل من الدنانير التى فى ذمته الى الدراهم .

والجواب عن ذلك أنه متى قيل باشتراط رضى المحال عليه كما هو المشهور أولم نقل ثمة به ، و لكن نقوله فى هذا المقام حيث أنها معاوضة تتوقف على رضاه كما أشار اليه العلامة فى المختلف ، حيث أنه ممن منع اشتراط رضاه ، ولكن أوجب فى هذا المقام ، حيث أنها معاوضة .

وكذا اذا قلنا بجواز الحوالة على البرئ - كما هو الأشهر الاظهر مما عرفت فيما تقدم فانه لا وجه لما ذكره من المنع بالكلية ، ومتى جاز الحوالة على البرئ الذى لا حق عليه بالكلية ، فلا أن يجوز على من عليه حق مخالف اولى ، وغاية ما يلزم هو مخالفة الحق المحال به لما هو عليه ، وهذا لا يصلح للمنوع ، لان الحوالة ان كانت استيفاءً ، فلا استيفاء يجوز بالجنس وغير الجنس مع التراضى على ذلك ، وان كانت اعتياضاً فكذلك ، لجواز المعاوضة على المختلفين وهذه المعاوضة هنا ليست من قبيل المعاوضة فى البيع ، حتى يعتبر فيها التقابض ونحوه مما اعتبر فى البيع ، بل هى معاوضة مبنية على الارفاق والمسامحة .

وبالجملة فانه متى حصل التراضى من الجانبين كما هو المفروض فلأمانع والتسلط الذى التجأوا اليه في المنع انما يتم مع عدم التراضى والمفروض وجوده ، نعم لو قلنا بعدم جواز الحوالة على البريء اتجه ما ذكره . والله العالم .

السادسة - الظاهر أنه لا خلاف بينهم في جواز ترمى الحوالات ودورها ، لحصول شرايط الصحة ، وعدم المانع فكما تصح الاولى تصح الثانية والثالثة ، وهكذا لعين ماثبت به صحة الاولى ، فلو أحال المديون زيداً على عمرو ثم أحال عمرو زيداً على خالد ، ثم أحال خالد زيداً على بكر صبح ، وهذا في صورة تعدد المحيل والمحال عليه ، فان كلاً منهم ماعدا الاول محيل ومحال عليه ، مع اتحاد المحتال ، فان المحتال في جميع هذه الفروض واحد ، وهو زيد ، ويجوز أن يرجع الاخير منهم على المديون الاول ، ويحيل عليه ، أما بأن تكون نعمته مشغولة بدين لمن أحال عليه ، أو بناءً على جواز الحوالة على البريء فيصح دورها ، ومثله (١) باقى الحوالات السابقة .

السابعة - لو أحال عليه قبيل الحوالة وأدى ثم رجع على المحيل بما أداه مدعيًا براءة نعمته من مال المحيل ، وادعى المحيل اشتغال نعمته ، وأنه انما أحال عليه من حيث كونه مشغول الذمة بماله ، فان قلنا بجواز الحوالة على البريء كما هو أظهر القولين ، وأشهرهما ، فان القول هنا قول المحال عليه يمينه ، لانه منكر لاشتغال الذمة ، وان اعترف بصحة الحوالة ، فان صحتها لا تستلزم شغل الذمة لما عرفت من جوازها على البريء ، فيرجع بما أداه على المحيل بعد اليمين ، وان قلنا بأن الحوالة مشروطة بشغل ذمة المحال عليه فوجهان :

احدهما - أنه لا يقبل قوله في نفى شغل الذمة ، لان الحوالة تقتضى شغلها ، حيث أن الحوالة لا تصح الا مع شغل الذمة كما هو المفروض ، وهو موافق على الحوالة . وبالجملة فالمنكر وان كان معه أصالة عدم شغل الذمة ، الا أن ذلك يقتضى

(١) المراد مثل ذلك في الحوالة على البريء أو مشغول الذمة فانك قد عرفت صحة الحوالة على البريء فيما تقدم ، فهو جائز في كل موضع تصح الحوالة فيه بدون ذلك . منه رحمه الله .

بطلان الحوالة على هذا التقدير ، ومدعى الدين يدعى صحتها ، ومدعى الصحة عندهم مقدم ، وعلى هذا فلا تسمع دعوى المحال عليه ، ولا يرجع على المحيل بشيء ، وثانيهما - أن يقال : ان هنا أصليين تعارضا ، أصالة عدم شغل الذمة مع المحال عليه وأصالة صحة العقد مع المحيل فتساقطا ، وبقي مع المحال عليه أنه أدى عن المحيل باذنه ، فيرجع عليه حينئذ على التقديرين (١) .

واستحسنه في المسالك ثم اعترضه بأن الاذن في الاداء انما وقع في ضمن الحوالة ، واذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الاذن مجرداً ، لانه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه .

ثم أجاب بأن الاذن وان كان واقعاً في ضمن الحوالة الا أنه أمر يتفقان على وقوعه ، وانما يختلفان في أمر آخر ، فاذا لم يثبت لا ينتفى ما وقع الاتفاق منهما عليه ، انتهى .

ومنه يظهر أن الاقرب الى الاعتبار هو كون القول قول المحال عليه مطلقاً وهو اختيار المحقق الاردبيلي (قدس سره) أيضاً في شرح الارشاد ، والله العالم .

الثامنة - قالوا : اذا أحال المشتري البايع بالثمن ثم رد المبيع بعيب سابق فهل تبطل الحوالة ؟ لانها تبع للبيع ، فيه تردد ، فان لم يكن البايع قبض المال فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري ، وان كان البايع قبضه فقد برىء المحال عليه ، ويستعيده المشتري من البايع .

أما لو أحال البايع أجنبياً بالثمن على المشتري ، ثم فسخ المشتري بالعيب أو بامر حادث لم تبطل الحوالة ، لانها تعلقت بغير المتبايعين ، ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضعين .

أقول : تفصيل اجمال هذا الكلام وبيان ما اشتمل عليه من الاحكام يقع في مواضع : الاول - فيما اذا أحال المشتري البايع بالثمن على شخص آخر ، ثم رد المبيع بعيب سابق وفسخ العقد ، فهل تبطل الحوالة أم لا ؟ قد تردد في ذلك المحقق

(١) أى على تقدير صحة الحوالة على البرى . أو اشتراط شغل الذمة في صحة الحوالة وعدم جواز الحوالة على البرى . منه رحمه الله .

في الشرايع ، والعلامة في الارشاد .

ومنشأ التردد من جهة ما ذهب اليه الشيخ : من بطلان الحوالة في الصورة المذكورة ، معللاً ذلك بأن الحوالة تابعة للبيع ، فاذا بطل البيع بطلت ، لاستحالة وجود التابع من جهة ما هو تابع بدون متبوعه ، ومن أن الحوالة نافذة للمال الى ذمة المحال عليه ، فقد انتقل ما في ذمة المشتري من المال الذي هو ثمن المبيع للمحتال الى ذمة المحال عليه ، فلا يبطله الفسخ المتأخر ، لان الفسخ انما يبطل العقد من حينه لامن أصله .

وربما بنى التردد ايضاً وحصول الوجهين المذكورين على أن الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل ؟ - نظراً الى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحقان من الاثمان ، بمعنى أن المحتال استوفى دينه الذي على المحيل بمجرد الحوالة من غير أن يقبض منه شيئاً ، ولو كانت اعتياضاً كان ذلك بيع دين بمثله .

ولتحقق برائة الآخر وهو المحيل بمجرّد الحوالة ، وعلى هذا تبطل الحوالة ، لانها نوع ارفاق (١) واذا بطل الاصل بطل مهية الارفاق ، كما لو اشترى شيئاً بديارهم مكسرة و تقطوع باداء صحاح عوضها ثم فسخ ، فانه يرجع عليه بالصحيح ، ولا يقال : انه يطالب بمثل المكسرة ليقبض التطوع بحاله ، لان التطوع انما بنى على البيع ، والبيع قد انفسخ وبطل ، فيبطل ما تفرع عليه ، وان الحوالة اعتياض لاستيفاء نظراً الى أنه لم يقبض نفس حقه ، بل أخذ بدله عوضاً عنه ، وهو معنى الاعتياض ، وعلى هذا لا تبطل كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوباً ثم فسخ ، فانه يرجع بالثمن لا بالثوب . أقول : وهذا الوجه الاخير الذي بنى عليه التردد نقله العلامة في التذكرة عن الشافعية : بالاحتمالين المترتبين عليه ، وظاهره وكذا ظاهر جملة من الاصحاب ، التوقف هنا ، لاقتصارهم على نقل الادجه المذكورة في المسألة ، والخلاف المنقول عن الشيخ من غير أن يرجحوا شيئاً وهو في محله .

(١) وجه كونها نوع ارفاق أنه يستحق الثمن في ذمته فالواجب دفع عين الثمن ، وقبول الحوالة ارفاق بالمحيل ومسامحة له ، فاذا كان بناء الحوالة على الارفاق والمسامحة للمحيل ، فحين بطل البيع بالفسخ تبعه ما يترتب عليه من الارفاق فيبطل حسب ما ذكر في المثال المذكور في الاصل . منه رحمه الله .

وينبغي أن يعلم أنه لا فرق فيما ذكر من الحكم المذكور بالوجوه المتقدمة، بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله، ولا بين أن يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة أو قبله، ولا بين الفسخ بخيار العيب أو غيره من أنواع الخيار، والاقالة والفسخ بالتحالف وهو ذلك مما لا يبطل البيع من أصله.

ولكن المتأخرين من الأصحاب مثلوا بالعيب تبعاً لمن فرض المسألة، وكذا لا فرق بين العيب السابق على البيع أو اللاحق على وجه يجوز الفسخ، كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان، لا شراك الجميع في العلة الموجبة للحكم المذكور في الصورة المفروضة في كلام من فرضها، وأصل هذه الفروض والفروع في هذه المسألة وأمثالها كله من كلام العامة، كما لا يخفى على من لاحظ التذكرة، وأصحابنا كالشيخ: وأتباعه جردوا عليها.

الثاني - أنه متى قلنا بطلان الحوالة كما هو أحد الوجهين المتقدمين بأى سبب من السببين المتقدمين أيضاً، فإن كان المحتال وهو البايع قد قبض المال من المحال عليه فقد برئت ذمة المحال عليه، ويستعيد المشتري من البايع إن كان موجوداً بعينه، ولو تلف لزمه بدله وإن تلف بغير تفريط، لانه مضمون عليه حيث أنه قبضه عوضاً عن الثمن، وليس للمحتال رده على المحال عليه، فإن رده عليه فللمشتري مطالبته، وإن كان لم يقبض فليس له قبضه، لبطلان الحوالة، فيبقى في ذمة المحال عليه لصاحبه، وهو المشتري كما كان.

فلو خالف المحتال وقبضه بعد بطلان الحوالة لم يقع عنه لبطلان حقه. وهل يقع للمشتري قالوا: فيه وجهان (١)؟ ومتى قلنا بصحة الحوالة كما هو الوجه الآخر، فإن كان البايع قد قبض برأ المحال عليه، ورجع المشتري على البايع، ولا يتعين حقه فيما قبضه، وإن لم يكن قد قبض فله القبض، وللمشتري الرجوع عليه، قبل

(١) منشأهما من أن الحوالة متضمنة للاذن في القبض، فإن قلنا أن الاذن يبطل بطلان الحوالة، لانه متى كان من لوازمها فإنه يتبعها وجوداً وعدمًا، فإذا بطلت بطلت، لاستحالة تخلف اللازم عن ملزومه، وإن قلنا بأن الاذن التضمني لا يبطل بطلان ما كان في ضمنه كما هو أحد القولين فيه، كما ذكره في الشركة والوكالة وتحقيق ذلك في باب الوكالة، إن شاء الله تعالى. منه رحمه الله.

القبض لان الحوالة كالمقبوض ، ومن ثم يسقط حق حبس المبيع لو أحوال المشتري البايع بالثمن .

قيل : ويحتمل عدم جواز رجوعه الى أن يقبض ، لعدم وجود حقيقة القبض ، وان وجد ما هو بمعناه في بعض الاحكام .

أقول : من المحتمل قريباً أن ترتب الرجوع على القبض أو ما في معناه لا يظهر له وجه وجيه ، لان الحوالة بناء على ما هو المفروض من القول بصحتها أمر منفك عن البيع غير مترتب عليه صحة وبطلاناً ، فيعمل في الحوالة بما هو مقتضاها من قبض المحتال من المحال عليه متى أراد ، رجع عليه المشتري او لم يرجع ، وفي البيع ما يقتضيه من رجوع المشتري بالثمن بعد الفسخ على البايع ، قبض مال الحوالة أم لم يقبض . والله العالم .

الثالث - لو أحوال البايع أجنبياً بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة لما ذكر من التعليل ، وهو تعلق الحوالة هنا بغير المتبايعين ، بخلاف المسألة المتقدمة ، وهي حوالة المشتري البايع بالثمن ، فان الحوالة متعلقة بالمتبايعين ، وهذا هو وجه الفرق بين المسألتين .

ويان الفرق ان الحق في تلك المسألة كان مختصاً بالمتبايعين بسبب البيع ، فاذا بطل السبب بطل ما يترتب عليه ، بخلاف حوالة الاجنبي ، فانه لا تعلق له بالبيع ، ولا بصحته ولا يبطلانه ، وان حكمنا يبطلان البيع بعد الفسخ ، حيث أن الثمن صار مملوكاً لذلك الاجنبي المحتال قبل فسخ العقد ، ونقل عن الشيخ : هنا الاجماع على عدم بطلان الحوالة ، قيل : ويحتمل ضعيفا البطلان هنا أيضا ، لان استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل ، فاذا بطل حق المحيل بطل تابعه ، ووجه ضعفه انه تابعه حين الحوالة لا بعد ذلك ، لافادتها الملك حين وقعت بغير معارض .

أقول : وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون المحتال قد قبض أم لا ، لان الناقل للملك الحوالة ، لا القبض ، وحينئذ فان المحتال يرجع على المشتري بما أحوّل له به من الثمن لو لم يقبضه ، والمشتري بعد الفسخ يرجع به على البايع .

الرابع - لو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في كل من الموضعين المذكورين ،

اعنى حوالة المشتري البايع بالثمن كما مر في المسألة الاولى ، و حوالة البايع الاجنبى بالثمن على المشتري .

وتوضيحه أن صحة الحوالة فرع استحقاق البايع الثمن ، و ثبوته له على كل من التقديرين المذكورين ، ومع تبين بطلان البيع من أصله يظهر عدم استحقاق البايع الثمن في ذمة المشتري في نفس الامر .

والتحقيق أن الحوالة وقعت باطلة من أصلها ، إلا أنه انما انكشف البطلان بظهور بطلان البيع ، وعدم استحقاق الثمن ، فيكون بطلان البيع كاشفاً عن بطلانها ، وحينئذ فان كان البايع بالنسبة الى المسألة الاولى أو المحتمل بالنسبة الى الثانية لم يقبض ، فليس له القبض بظهور البطلان كما عرفت ، وان كان قد قبض ، فان للمشتري أن يرجع عليه بذلك ، وللمشتري أيضاً الرجوع في المسئلة الثانية (١) على البايع بما قبضه محتاله ، لانه قد وفي عنه ما في ذمته للمحتال ، وهو الاجنبى ، فقبضه منسوب اليه ، وليس للمشتري الرجوع في المسألة الاولى ، وهى ما اذا أحال المشتري البايع بالثمن على شخص آخر على ذلك الشخص الاخر المحال عليه لصدور القبض باذنه ، وانما يرجع على البايع . والله العالم .

المقصد الثالث في الكفالة :

المفهوم من جملة من الاخبار كراهة الكفالة والتأكيد في المنع منها ، فروى في الكافي عن حفص بن البختري (٢) في الصحيح قال : أبطأت عن الحج ، فقال لي أبو عبد الله عليه السلام : ما أبطأ بك عن الحج ؟ فقلت : جعلت فداك تكفلت برجل فخنفر بى فقال : مالك والكفالات ، أما علمت أنها أهلكت القرون الاولى ، ثم قال : ان قوماً أذنبوا ذنوباً كثيرة فأشفقوا منها وخافوا خوفاً شديداً ، فجاء

(١) وهى ما اذا أحال البايع أجنياً على المشتري بالثمن ، ووجه رجوعه على البايع ان البايع انما أحال بالثمن على المشتري للاجنبى ، لانه مشغول الذمة للاجنبى ، فيكون المشتري قد أدى عنه ما في ذمته باذنه ، فيرجع به عليه حينئذ ، فعلى هذا يتخير بين الرجوع على البايع وعلى محتاله . منه رحمه الله .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٠٣ ح ١ باب الكفالة والحوالة .

آخر ون قالوا: ذنوبكم علينا فآثر الله عز وجل عليهم العذاب ، ثم قال تبارك وتعالى :
خافوني وأجترأتهم على «والخفر نقض العهد .

وروى الشيخ في التهذيب عن أبي الحسن الخزاز (١) قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول لأبي العباس الفضل بن عبد الملك: ما منعك عن الحج؟ قال: كفالة تكفلت بها قال: مالك والكفالات أما علمت أن الكفالة هي التي أهلكك القرون الأولى .
و روى الصدوق في الفقيه مرسلاً (٢) وقال الصادق (عليه السلام) : الكفالة خسارة غرامة ندامة .

وبأسناده عن اسماعيل بن جابر (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) ، أنه قال :
لا تعرضوا للحقوق ، فإذا ألزمتكم فاصبروا لها .

وروى الشيخ بأسناده عن داود الرقي (٤) قال : قال : أبو عبد الله (عليه السلام)
مكتوب في التورية كفالة ندامة غرامة .

والبحث في هذا المقصد يقع في مواضع : الأول - الكفالة هي التعهد بالنفس بمعنى التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له ، فهي متعلقة بثلاثة ، الكفيل وهو هنا بمعنى الفاعل وان كانت هذه الصيغة تصلح للمفعول أيضاً ، لأنهم إنما أرادوا به هنا الكافل ، والمكفول له ، والمكفول ، ولأرب في اعتبار رضى الأولين ، ولا خلاف فيه أيضاً لأن الكفالة من جملة العقود اللازمة المتوقعة على الإيجاب والقبول ونحوهما .

قال في التذكرة : ولا بد فيه من صيغة دالة على الإيجاب والقبول ، فيقول الكفيل : كفلت لك بدن فلان ، أو أنا كفيل باحضاره ، أو كفيل به أو بنفسه ، أو يبدنه . أو بوجهه أو برأسه ، لأن ذلك يعبر به عن الجملة و حينئذ فلا بد من وقوعها بين اثنين ، وهما الكفيل والمكفول له ، ولا بد من رضاها .

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ١

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ٦

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٠٣ ح ٦٧

(٤) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٩ والروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧

أما الكفيل فلا نه ملتزم للحق ، وهو غير صحيح الا برضاه ، وأما المكفول له فلا نه صاحب الحق ، فلا يجوز الزامه شيئاً الا برضاه ، وبهما يتم العقد .
و أما المكفول فالمشهور أنه لا يعتبر رضاه ، لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق وان لم يكن ثمة كفالة ، والكفيل انما هو بمنزلة الوكيل حيث يأمره المكفول له باحضاره ، فغاية الكفالة هي حضور المكفول حيث يطلب .

وظاهر العلامة في التذكرة الاجماع على ذلك ، حيث قال : تصح الكفالة وان كرهها المكفول عند علمائنا ، مع أنه قل غير واحد من أصحابنا عن الشيخ في أحد قولي (١) أنه يشترط رضاه ، وقوآه هو أيضاً في التحرير ، وبه قال ابن ادریس أيضاً ، ونقل عنهم الاحتجاج على ذلك بأنه اذا لم يأذن فيها أو يرضى بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل ، فلم يتمكن من احضاره ، ولا تصح كفالته لانها بغير المقدور عليه ، وهذا بخلاف الضمان ، لا مكان تأديته من مال غيره بغير اذنه ، ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور .

ورد ذلك بأن مدار هذا الاستدلال على عدم وجوب الحضور معه بغير رضاه ، وهو ممنوع ، لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولاً كما قدمنا ذكره ، وهو مما لا خلاف فيه ، والفرض من الكفالة له راجع الى التزام الكفيل باحضاره متى طلبه المكفول له ، و متى ثبت وجوب الحضور عليه بعد الطلب وان لم يكن مكفولاً ، فانه لا يجب في صورة الكفالة أيضاً ، لان الكفيل انما هو بمنزلة الوكيل في طلب الاحضار ، و بالجملة فضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى على الناظر . والله العالم .

الثاني - المشهور بين الاصحاب (رضوان الله عليهم) أن الكفالة تصح حالة و مؤجلة ، للاصل ، ولان الحضور حق شرعى فلا يمنعه الحلول ، و منع الشيخ في

(١) قال في المبسوط : اذا تكفل رجل ببلد رجل لرجل عليه مال او يدعى عليه مالا
يصح الا انها لا تصح الا باذن من يكفل عنه متبعه ابن البراج ، وابن حمزة و ابن ادریس ، قال في المختلف : ولم يشترط باقى علما تاذلك ، وهو المعتمد ، لنا الاصل ولانه لا يشترط رضاه في كفالة المال ، فكذا البلد ، انتهى . منه رحمه الله .

النهاية والشيخ المفيد الكفالة الحالة ، قال : لا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل معلوم ، وقبهما ابن حمزة ، وهو الظاهر من كلام السلا ، ولابن البراج قولان ، وسوغ في المبسوط الحالة ، وبه قال ابن ادريس وجملة المتأخرين لما تقدم .

ثم انه متى اشترط الاجل وجب أن يكون معلوماً كما في غير هذا الموضع لما في البهالة من الضرر ، اذ ليس له وقت يستحق المطالبة فيه كغيره من الاجال ولا خلاف في ذلك إلا لبعض العامة ، حيث جوز أن يكون الأجل هنا مجهولاً ، لاشتمال الكفالة على التبرع فيتسامح فيها كالعارية .

ورد بأن العارية غير لازمة فلا يقدح فيها الأجل المجهول ، لجواز المطالبة بالمستعار في الأجل وان كان معلوماً .

الثالث - للمكفول له مطالبة الكفيل باحضار المكفول عاجلاً أن كانت الكفالة مطلقة أو معجلة ، وبعد الأجل ان كانت مؤجلة ، فان أحضره وسلمه فقد برىء ، وإلا وجب حبسه حتى يحضره أو يؤدي ماعليه ، كذا ذكره بعض الأصحاب .

والذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذا الحكم مارواه ثقة الاسلام في الكافي عن عمارة (١) في الموثق عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : أتى امير المؤمنين (عليه السلام) برجل تكفل بنفس رجل فحبسه وقال أطلب صاحبك .

ورواه الشيخ في التهذيب عن عمارة بن مردان (٢) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام مثله .

وما رواه الشيخ في التهذيب عن اسحاق بن عمار (٣) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) أن علياً (عليه السلام) أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال : احبسوه حتى يأتي صاحبه .

ومارواه في الفقيه عن سعد بن طريف عن الاصمغ بن نباته (٤) قال : قضى امير المؤمنين (عليه السلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس ، وقال له : أطلب

(١) الكافي ج ٥ ص ١٠٥ ح ٦

(٢) و (٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٤ و ٣

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٥٤ ح ١ وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩

صاحبك ، وقضى (عليه السلام) أنه لا كفالة في حد .
 وفي كتاب الفقه الرضوي (١) على ما نقله عنه في كتاب بحار الانوار روى اذا
 كفل الرجل بالرجل حبس الى أن يأتي صاحبه .
 أقول : وهذه الاخبار على تعددها لم يتضمن أزيد من حبسه حتى يحضر
 المكفول ، والأصحاب (رضوان الله عليهم) قد قيدوا التسليم بكونه تسليماً تاماً ،
 بمعنى أنه لو اشترط الوقت والمكان في العقد فلا بد من أن يكون التسليم في ذلك
 الوقت وذلك المكان المشترطين ، والالم يكن تسليماً تاماً ، ونحوهما في بلد العقد
 ولومع الاطلاق ، لانصراف الاطلاق اليه عندهم ، وأن لا يكون للمكفول مانع من
 تسليمه ، بأن يكون في يد ظالم أو متغلب يمنعه منه ، أو في حبسه ، أو يكون
 المكفول قوياً والمكفول له ضعيفاً لا يتمكن من وضع اليد عليه ونحو ذلك ، فاذا
 سلمه كذلك كان تسليماً تاماً موجباً لبرائته وخلو عهده .

ولو لم يتسلمه المكفول له والحال هذه قيل : سلم الى الحاكم ان أمكن ،
 و برء أيضاً ، وان لم يمكن أشهد عدلين باحضاره الى المكفول له و امتناعه من
 قبضه ، وقيل بالاكتفاء بالاشهاد بدون التسليم الى الحاكم وان قدر عليه ، لان مع
 وجود صاحب الحق لا يلزم دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره .

وعندى أيضاً في وجوب الاشهاد نظر ، لعدم الدليل عليه في المقام : كما أنه
 لدليل على التسليم للحاكم أيضاً ، إلا أن يراد بذلك برائة الذمة عن المطالبة بالأحضار
 مرة أخرى ، والا فهو في حد ذاته من غير ملاحظة ذلك لوجه له في كل من
 الموضوعين ، هذا ما يتعلق بالكفيل اذا سلم .

أما لو امتنع التسليم فقد عرفت من الاخبار المتقدمة أن للحاكم حبسه حتى
 يحضره ، والأصحاب قد ذكرنا أن للحاكم حبسه حتى يحضره ، وله عقوبته عليه
 كما في كل ممتنع عن أداء الحق .

وفيه أن غاية ما دللت عليه الاخبار المتقدمة هو الحبس حتى يحضره ، وهذا
 كاف في عقوبته فلا معنى لعقوبته زيادة على ذلك ، لعدم الاذن فيه شرعاً ثم انهم

ذكروا أنه ان سلمه بعد ذلك فلا كلام ، وان أبى وبذل ما عليه فقد صرح الشيخ :
وجمع منهم المحقق في الشرايع وغيره كما قدمنا الاشارة اليه ببراءة نعتة من الكفالة
لحصول الغرض من الكفالة .

ورد بأنه على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال ،
ولولم يكن كذلك كالتقصاص وزوجية امرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً ، فلا بد
من احضاره .

وذهب جمع من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة الى أنه لا يتعين على
المكفول له قبول الحق ، بل له الزامه بالاحضار مطلقاً ، وهذا هو ظاهر الاخبار
التي قدمناها ، كما أشرنا اليه ذيلها ، وأصحاب هذا القول علّلوا ما ذكره بعدم
انحصار الاغراض في أداء الحق ، وقد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء ، أو بالاداء من
الغريم لامن غيره ، وخصوصاً فيما له بدل ، فانه بدل اضطراري ، لا عين الحق الذي
يتعلق الغرض غالباً بحصوله .

وانت خبير بما في هذا التعليل العليل من تطرق المناقشة ، فان البناء على
هذه الاغراض انما يصح فيما لو كانت حقوقاً شرعية لامجرد التشهي ، والكفالة انما
وقعت وترقت على حق شرعي .

والاظهر في التعليل انما هو الوقوف على ظاهر الاخبار المتقدمة ، حيث أن
ظاهرها انحصار الحق في احضار المكفول ، وأنه لا تبريء الذمة الا باحضاره ، وقبول
ما بذله عنه من المال المطلوب عنه على تقدير كون متعلق الكفالة المال انما هي
معاملة أخرى بمنزلة الصلح ، يتوقف على رضی الطرفين .

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو تراضيا على قبول المال كما ذكرنا فبذله الكفيل
وقبله المكفول له ورضي به عن حقه الذي تعلقت به الكفالة ، فهل يرجع بما دفعه
على المكفول عنه ؟ قالوا : ان كان قد كفل باذن الغريم ، أو أدى باذنه وان كان كفل
بغير اذنه فله الرجوع عليه ، وان اتقى الامران ، فان أمكنه احضاره فلم يحضره
لم يرجع عليه ، وكذا ان كفل بغير اذنه ، وأدى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته ،
لان الكفالة لم تتناول المال اختياراً فيكون كالمتبرع ، وان تعذر عليه احضاره رجع

عليه مع اذنه في الكفالة ، وفي رجوعه مع عدمه نظر ، وظاهرهم أنه يرجع أيضاً كذا ذكره في المسالك .

و فيه أن ظاهر صدر كلامه أنه اذا كفل باذن الغريم فله الرجوع مطلقا ، وظاهر كلامه بعد ذلك أنه لا يرجع مع الاذن في الكفالة الامس تعذر الاحضار ، فلو أمكن الاحضار لم يرجع ، وهذا هو الادفق بقواعدهم ، لان الاذن في الكفالة انما يقتضى تسليم المكفول دون المال ، فمتى أمكن احضاره ودفع عنه المال والحال هذه ، فانه لا معنى لرجوعه به عليه ، لانه كالمبترع كما تقدم . نعم لو تعذر الاحضار أمكن ذلك لظهور المانع . والله العالم .

الرابع - قال الشيخ في النهاية : ومن ضمن غيره الى أجل وقال : ان لم آت به كان على كذا و حضر الاجل لم يلزمه الا احضار الرجل ، فان قال : على كذا الى كذا ان لم أحضر فلانا ثم لم يحضره وجب عليه ما ذكره من المال . وقال ابن حمزة ان قدم ضمان المال على الكفالة ، وعجز عن التسليم يلزمه المال ، وان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال .

وقال ابن البراج : ان قال ان لم أحضره في وقت كذا فعلى كذا ، فقد قدم ذكر الوقت وأخر ذكر المال لم يجب عليه اذا حضر الاجل الا احضاره دون المال ، وان كان قال : على كذا ان لم أحضره في وقت كذا فقدم ذكر المال وأخر ذكر الوقت ، وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره - المال الذي ذكره .

وقال ابن ادريس : الفرق أنه ان بدأ بضمان المال ، فقال : على المال المعين الى كذا ان لم أحضره ثم لم يحضره وجب عليه ما ذكره من المال ، وان بدأ بضمان النفس ، فقال : ان لم أحضره عند حلول الاجل كان على كذا ، وحضر الاجل لم يلزمه الا احضار الرجل دون ما ذكره من المال ، لانه بدأ بضمان النفس قبل المال واقترب الامر ان .

وقال ابن الجنيدي : اذا قال الكفيل لطالب الحق : مالك على فلان فهو على دونه الى يوم كذا ، وأنا كفيل لك بنفسه صح الضمان على الكفيل بالنفس ، وبالمال ان لم يؤد المطلوب الى الطالب الى ذلك الاجل وسواء قال له عند الضمان : ان لم يأتك به أولم يقل ذلك ، فان قدم الكفالة بالنفس ، وقال أنا كفيل لك بنفس فلان

الى يوم كذا ، فان جاء بمالك عليه وهو ألف درهم ، والا فآنا ضامن للآلاف ، صحت الكفالة بالنفس ، وبطل الضمان للمال ، لان ذلك كالقمار والمخاطرة ، وهو كقول القائل ان طلعت الشمس غداً فمالك على فلان غريمك وهو ألف درهم على ، الذى قد اجمع على أن الضمان لذلك باطل .

قال العلامة فى المختلف : وعندى فى هذه المسئلة نظر ، ثم قال : وقول ابن الجنيـد أنـسـب . (١)

أقول : والاصل فى هذه المسئلة ما رواه ثقة الاسلام فى الكافى والشيخ فى التهذيب عن أبى العباس (٢) فى الصحيح قال : قلت لآبى عبد الله (عليه السلام) : رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال : ان جئت به والافعليك خمسمائة درهم ، قال : عليه نفسه ، ولا شيء عليه من الدراهم ، فان قال : على خمسمائة درهم ان لم أدفعه اليك قال : تلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه ، هكذا فى رواية الكافى ، وفى رواية الشيخ فى التهذيب هكذا ، فقال : ان جئت به ، والافعلى خمسمائة درهم ، الخبر .

وما رواه فى الفقيه والتهذيب عن أبى العباس (٣) فى الموثق عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال : سأته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل الى أجل ، فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً ، قال : ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال ، وهو كفيل بنفسه أبداً الا أن يبدأ بالدراهم ، فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذى أجله .

وقد أطلع شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الكلام فى هذه المسئلة بنقل ما وقع

(١) قال فى المسالك بعد أن نقل عن العلامة فى هذه المسئلة قولاً غريباً نقله عن ابنه فخر المحققين : وقد صار للعلامة وحده فى هذه المسئلة أربعة أقوال ، هذا أحدها ، والثانى قوله فى القواعد بلزوم المال فى الثانية مطلقاً ، والثالث فى التحرير والتذكرة بلزوم المال ان لم يحضره ، والرابع فى المختلف مذهب ابن الجنيـد وهو قول يحتاج تقريره مع تطويل فاعرضنا عنه هنا ، انتهى . منه رحمه الله .

(٢) الكافى ج ٥ ص ١٠٤ ح ٣ - التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ١٠

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٥٤٤ ح ٤ والتهذيب ج ٦ ص ٢٠٩ ح ٥ وفى الوسائل ج ١٣ ص ١٥٧ ح ٢١١

فيها من الاقوال ، والمناقشة في كل منها ، ووجه الاشكال في الخبرين المذكورين ، وخرجهما عن مقتضى القواعد .

وتحس نذكر هنا ملخص ذلك ليتضح به الحال ، ويظهر به ما في الخبرين المذكورين من الاشكال ، وذلك فان ظاهر الخبرين الاشتغال على حكمين مختلفين ، ومسئلتين متغايرتين باعتبار الفرق بين تقديم الجزاء على الشرط ، وتأخير عنه ، مع أن ذلك لمدخل له في اختلاف الحكم ، لان الشرط وان تأخر فهو في حكم المتقدم ، الا أن الجماعة جمدوا على النص ، ومع ذلك فان جملة منهم لم ينفوا على قيوده ، فان الشيخ والمحقق في الشرايع (١) والعلامة في الارشاد والقواعد ذكروا لزوم المال في المسئلة الثانية غير مقيد بقيد ، مع أنه مقيد في الخبرين بقوله في الاولى ان لم يدفعه اليه ، وفي الثانية بقوله ان لم يأت به الى الاجل الى آخره ، وقد تظن لذلك المحقق في النافع ، فقال : كان ضامناً للمال ان لم يحضره الى الاجل ، وكذلك العلامة في التحرير والتذكرة .

ثم ان جملة منهم جمدوا على النص ولم يلتفتوا الى تعليل في دفع ما اشتمل عليه من المخالفة ، لمقتضى القواعد كما هو طريقة الشيخ في النهاية ، ومنهم من التجأ الى أن الحكم في المسئلتين اجماعى ، ومع ذلك فانه منصوص ، فلا يمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين ، وعلى هذا بنى الشيخ ابن فهد في المذهب ، وتبعه المحقق الشيخ على في شرح القواعد .

وفيه نظر لعدم تحقق الاجماع المذكور (٢) ومنهم من اكتفى بمجرد الدعوى

(١) قال في الشرايع : ولو قال : ان لم أحضره كان على كذا لم يلزمه الا احضاره دون المال ، ولو قال : على كذا الى كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال . وقال في الارشاد : و لو قال : ان لم أحضره كان على كذا لزمه الاحضار خاصة ، ولو قال : على كذا الى كذا ان لم أحضره وجب المال ، انتهى . منه رحمه الله .

(٢) وتوضيحه ان أحداً لم يدع الاجماع في المسئلة ، والموجود كلامهم في المسئلة جماعة يسيرة من الاصحاب والباقيون لم يتعرضوا للكلام فيها بالكلية مع ان العلامة كما تقدم نقل كلامه في المختلف وتظهر في ذلك ، ثم قال الى كلام ابن الجيند المخالف لما ذكره وقد عرفت أيضاً اختلاف قولي المحقق في الشرايع والنافع في ذلك ، فدعوى الاجماع والحال كما عرفت مجازفة محضة . منه رحمه الله .

كابن ادريس على ما تقدم في كلامه ، وهو فرق بمجرد الدعوى لا يتحصل له فائدة ، ولهذا قال المحقق في نكت النهاية في رده : ان الشرط متقدم على المشروط طبعاً فلا عبرة بتأخره وضعاً ، ومنهم من عتّل ذلك بعله ظنّها وافية بالمراد ، خالية عن الايراد ، كالشيخ (رحمة الله عليه) حيث ذكر أن السر في لزوم المال اذا قدمه براءة نعمة المضمون عنه ، فيمتنع الكفالة ، واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقاً على شرط باطلاً ، ولمنافاة الضمان صحة الكفالة وهذا السر الذي أظهره ناش من عبارة العلامة في القواعد والارشاد ، والمحقق في الشرايع (١) حيث أطلقوا لزوم المال في المسئلة الثانية ، وقد عرفت مما قدمنا ذكره أنه في الرواية مشروط بعدم احضاره ، فتكون الكفالة أيضاً صحيحة ، وان تأخرت عن ذكر المال .

هذا مع أنه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم احضاره ، فكيف يقال : براءة نعمة المضمون عنه حتى تمتنع كفالاته ؟ وما هذا الا رجوع الى فرق ابن ادريس الذي لم يجد نقماً ، ومع تقديم الكفالة قد ذكر في الرواية أنه ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال ، ومفهوم الشرط أنه ان لم يجيء به لزمه المال ، فدلّ بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة - وأبدأه من الفرق الا أن لا يقولوا بمفهوم الشرط .

أقول : لا يخفى ان فهم هذا الحكم الذي ذكره واختلفوا التفسير عن صحته من الرواية الاولى انما يتم على تقدير رواية الشيخ لها في التهذيب كما تقدم ذكره وأما على رواية الكافي فان الظاهر أن القائل بقوله « ان جئت به والا فعليك خمسمائة درهم » انما هو المكفول له خاطب بذلك الكفيل ، كما هو ظاهر سياق الرواية ، وحينئذ فقوله (عليه السلام) : « عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم » ظاهر ، لان مقتضى الكفالة احضار المكفول خاصة ، وما اشترطه عليه المكفول له لغو من القول ، لاعبرة به ، ولا أثر يترتب ، وحينئذ فلا تكون هذه الرواية من

(١) وانهم ذكروا أنه مع تقديم ذكر الكفالة في العبارة ، فالواجب الاحضار ، دون المال ، والرواية دلت بالمفهوم الشرطي على أنه ان لم يجيء بالرجل الى الاجل فعليه المال فاطلاق لزوم الكفالة بمجرد تقديمها في العبارة لا وجه له لما دل عليه النص من التفصيل في ذلك . منه رحمه الله .

المسئلة في شيء .

بقي قوله في تمة الرواية ، « فان قال » يحمل على قول الكفيل ، بمعنى أنه ان قال ذلك وألزم نفسه المبلغ المذكور لزمه ان لم يدفعه ، وما ربما يقال : - من أنه يخالف المشهور ، من أن مقتضى الكفالة أداء المال ان لم يحضر المكفول - مردود بما قدمنا ذكره ، من أن غاية ما يفهم من أخبارها المتقدمة انما هو احضار المكفول خاصة ، غاية الامر انهما اذا اسطلحا وتراضيا بدفع المال صح ذلك ، والا فالحق الذي أوجبه الكفالة انما هو الاحضار خاصة .

نعم يبقى الاشكال بالنسبة الى الخبر الثاني ، قال في الوافي - و نعم ما قال ، بعد ذكر الخبرين المتقدمين على الترتيب الذي قدمناه ونقله الرواية الاولى بما في الكافي - ما لفظه : بيان الفرق بين الميعتين في الخبرين غير يسّن ولا مبين ، وقد تكلف في ابدائه جماعة من أصحابنا بما لا يسمن ولا يغني من جوع ، صواباً لهما من الرد ، وقد ذكره الشهيد الثاني في شرحه للشرايع ، من أراد الوقوف عليه وعلى ما يرد عليه فليرجع اليه ويخطر بالبال أن مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء وتأخير عنه ، كما فهموه ، بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الداهم من قبل نفسه مرة ، والزام المكفول له بذلك من دون قبوله أخرى كما هو ظاهر الحديث الاول والحديث الثاني ، وان كان ظاهره خلاف ذلك إلا أنه يجوز حمله عليه ، فان قول السائل « فان لم يأت به فعليه كذا » (١) ليس صريحاً في أنه قول الكفيل ، وعلى تهديراته عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوى ، أو سوء تقريره ، فان صدر الخبرين واحد ، والسائل فيهما واحد ، هذا على نسخة الكافي كما كتبناه .

وأما على نسخة التهذيب الذي نشأت فيها تكلفات الاصحاب فلا يتأتى هذا التوجيه ، فان الحديث فيه هكذا « رجل تكفل لرجل بنفس رجل ، فقال : ان جئت به والافعل خمسائة درهم » الحديث ، والظاهر أنه من غلط النساخ والعلم عند الله انتهى . أقول : بل الظاهر انه من سهو قلم الشيخ ، فانه لا يخفى على من نظر الكتاب

(١) الاظهر في العبارة ان نقول الزام المكفول له الكفيل بذلك من دون قبوله ، ولعله

سقط من النسخة التي عندنا . منه رحمه الله .

المذكور بعين التأمل ، فانه قلما يخلو حديث من أحاديثه من التغيير أو التبديل أو التحريف في السند أو المتن . والله العالم .

الخامس - قالوا : من أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً ضمن احضاره أو أداء ما عليه ، ولو كان قاتلاً لزمه احضاره أو دفع الدية . والوجه في وجوب الاحضار في كل من المستثنين أنه باطلاقه الغريم قهراً غاصب ، فعليه ضمان ما غصبه باحضاره ، لان اليد المستولية يد شرعية مستحقة به يتحقق الغصب ، ويبتنى عليه الضمان بالاحضار . وأما الوجه في أداء ما عليه في المسئلة الأولى فانه علوه بأنه باطلاقه له غصباً فاللازم له اما ارجاعه وتسليمه ، أو أداء ما عليه من الحق الذي بسببه ثبت اليد عليه .

والظاهر أنه يبنى على ما تقدم في الكفيل الممتنع من الاحضار وتسليم المكفول ، فان قلنا بالتخيير بين الاحضار ودفع ما عليه ثم ما ذكره هنا ، والظاهر أن القائل به هنا بنى على ذلك في تلك المسئلة .

وان قلنا : بأن الحق الذي اقتضته الكفالة انما هو الاحضار خاصة والرضى بما عليه معاملة أخرى ، تتوقف على التراضى لم يتجه ما ذكره هنا من التخيير ، وبالنسبة الى دفع الدية في المسئلة الثانية هو الحيلولة أيضاً بينه وبين غريمه .

ولكن الظاهر تهديد ذلك بعدم التمكن من احضاره وان كان ظاهر كلامهم الاطلاق ، ولم أقف في المقام على خبر الا مارواه ثقة الاسلام في الكافي عن حريز (١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : سألت عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع الى الوالى فدفعه الوالى الى أولياء المقتول ليقتلوه ، فوئب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء ، فقال : أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل ، قيل : فان مات القاتل وهم في السجن ، قال : فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى أولياء المقتول .

وهذا الخبر كما ترى ظاهر الدلالة ، في أن حكم المسئلة الثانية انما هو حبس من أطلق للقاتل حتى يحضره ، ولا تعرض فيه لما ذكره من التخيير بين احضاره ،

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٨٦ ح ١ - التهذيب ج ١ ص ٢٢٣ ح ٨ - الفقيه ج ٤ ص ٨٠ ح ١٥

وبين دفع الدية والامام (عليه السلام) انما أوجب عليه الدية بعد موت القاتل وعدم احضاره ، فهو ظاهر في أنه مع حيوة القاتل فليس الحكم الا احضاره وتسليمه الى أولياء الدم ، وهو موافق لما تقدم من أخبار الكفالة من حيث أن مقتضاها انما هو احضار المكفول ، دون أداء ما عليه كما ادعاه جملة منهم .

ومنه يفهم أيضاً حكم المسئلة الاولى ، وأن الحكم فيها انما هو احضاره لأداء ما عليه ، لأن مرجع المسئلتين الى أمر واحد ، وهو من أطلق من عليه حق من يد غريمه قهراً ، فانه يضمنه ، ويجب عليه احضاره وتسليمه لمن أخذه من يده ، وأن للحاكم أن يحبس كما يحبس الكفيل حتى يحضره .

بقي الكلام في أنهم قالوا في المسئلة الاولى : وحيث يؤخذ المال لارجوع له على الغريم اذا لم يأمره بدفعه ، اذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضى الرجوع ، وهو جيد لو ثبت جواز أخذ المال ، الا أنه لا دليل عليه كما عرفت .

وقالوا في الثانية : لافرق بين كون القتل عمداً وغيره ، اذ القصاص لا يجب الا على المباشر ، فاذا تعذر استفاؤه وجبت الدية ، كما لو هرب القاتل عمداً أو مات ، ثم ان استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص ، وان تمكن الولي منه وجب عليه رد الدية الى الفارم وان لم يقبض من القاتل ، لانها انما وجبت لمكان الجلولة وقد زالت ، وعدم القتل الان مستند الى اختيار المستحق (١) .

أقول : وفي هذا أيضاً ما في سابقه ، فان وجوب الدية على المخلص انما ثبت في صورة موت القاتل خاصة ، كما عرفت من الخبر المتقدم ، بمعنى أن المخلص له لم يسلمه حتى مات ، والافمع حياته فالحكم انما هو احضاره ، فيعجب المخلص له حتى يحضره .

(١) بمعنى أنه بعد الهرب أخذ الولي الدية من المخلص فان استمر على هربه ذهب مادفعه المخلص ، وان تمكن منه الولي فلاريد في رده الدية اذا اختار القصاص ، وكذا يجب عليه ردها لو لم يتخير القصاص ، لانه انما أخذها من حيث الجلولة ، وقد سقطت بعد رؤيته فيرجع بالدية على القاتل ، ويجب ردها على المخلص ، هذا حاصل كلامه ، وفيه ما عرفت في الاصل . منه رحمه الله .

بقوله « انه مع تعذر استيفاء القصاص يجب الدية ، كما لو هرب القاتل عمداً أو مات » ، مسلم بالنسبة الى الموت خاصة ، دون الهرب ، فانه لادليل على أخذ الدية في الصورة المذكورة ، وبه يظهر ما في تفريعه على ذلك بقوله « ثم ان استمر القاتل هارباً ، الى آخره .

وقالوا أيضاً لو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ المال أو الدية من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلّصه لعين ما ذكر في تخليصه من يد المستحق .

وفيه أيضاً ما عرفت من أن الواجب بمقتضى النصوص في هذه الصورة انما هو حبس المختلس حتى يحضر الغريم الذي خلّصه ويدفعه الى الكفيل ، ثم ان الكفيل يدفعه الى المكفول له ، وليس على الكفيل أن يغرم المال كما ادعوه ، حتى أنه يرجع به بعد ذلك على الذي خلّصه .

نعم قد ورد ذلك كما عرفت في صورة موت الغريم ، ويحتمل قريباً اجرائه في كل موضع تعذر فيه تحصيل الحق من الغريم ، لا مطلقاً كما ادعوه ، وقد تقدم في الموضوع الثالث ان الواجب على الكفيل بمقتضى الاخبار المذكورة ثمة انما هو الاحضار خاصة دون أداء ما على الغريم .

وبالجملة فان كلامهم في هذا المقام كله مبني على وجوب الاداء على الكفيل في الكفالة ، والمختلس في صورة هذا الموضوع ، وقد عرفت ما فيه ، وأنه مع عدم الدليل عليه مدفوع بالاخبار الواردة ثمة وهنا أيضاً . والله العالم .

السادس - الظاهر أنه لاخلاف بينهم في وجوب كون المكفول معيناً ، فلو قال : كفلت أحد هذين لم يصح ، وكذا لو قال : كفلت يزيد او فلان ، وكذا لو قال : كفلت يزيد فان لم آت به فبعمره ، لا شراك الجميع في الجهالة ، وابهام المكفول فتبطل لان الغرض من الكفالة هو وجوب احضار المكفول متى طلبه المكفول له واذا لم يعلم المكفول بعينه لم يستحق المطالبة باحضاره .

وفي الصورة الثالثة ما يوجب البطلان - زيادة على الجهالة - من تعليق كفالة عمرو على شرط ، وهو عدم الاتيان بزيد فتبطل من هذا الوجه أيضاً ، وكفالة زيد

ليست متعينة، لان الكفيل جعل نفسه في فسخة باحضار عمر و ان اختار ، فيرجع الى الابهام كالسابق ، هكذا قرره .

والتحقيق أن يقال : ان الكفالة من العقود اللازمة الموجبة لاشتغال الذمة فيجب الوقوف فيها على ماورد به الشرع ، وقرره من المواضع التي تتحقق فيه ، وهو ما اذا كان المكفول متعيناً معلوماً ، وأما ماعداء فلا يصح ، لعدم الدليل عليه .
السابع : قال الشيخ في المبسوط : اذا تكفل مؤجلاً صبح ، فان أحضره قبل الاجل وسأله تسلمه نظر ، فان كان لاضرر عليه لزمه تسلمه ، وان كان عليه ضرر لم يجب ، وتبعه ابن البراج على ذلك .

و المشهور بين المتأخرين وبه صرح المحقق والعلامة وغيرهما هو عدم الوجوب ، لانه غير التسليم الواجب ، حيث أن وجوبه مشروط بحلول الاجل ، فحقه مخصوص بحلول الاجل ، فلا يجب أن يقبض غير حقه ولا يعتديه .

و مثله ما لو شرط تسليمه في مكان او قلنا باقتضاء الاطلاق الانصراف الى موضع العقد ، فسلمه في غيره وان اتفق الضرر أو كان أسهل ، كذا قالوا ، ولوسلمه الكفيل الآن المكفول له لا يمكنه تسلمه وقبضه ، لكونه ممنوعاً بيد قاهر لم يبرأ الكفيل ، لان براءته مشروطة بالتسليم التام كما تقدم بيانه في الموضع الثالث ، فلا يعتبر بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الحق بقاهر أو غيره .

و لو كان في حبس الحاكم الشرعي لم يمنع ذلك تسليمه ، للتمكن من استيفاء الحق ، بخلاف ما اذا كان في حبس الجائر ، والفرق بينهما واضح في الغالب ، فان الحاكم الشرعي لا يمنع من احضاره ومطالبته بالحق ، بخلاف الجائر ، فانه قد يمنع ، فلا بد من التقييد بمنعه ، و الا فلو فرض أن المكفول له قادر على تسلمه من حبس الجائر ، لصحبة كانت بينه وبينه ، أو قوة المكفول له أو نحو ذلك ، فانه في قوة عدم الحبس بالكلية ، و الاصحاب انما أطلقوا الحكم بناء على الغالب من عدم تسلمه تماماً لو كان في حبس الجائر .

ثم انه لو كان في حبس الحاكم الشرعي فطلبه الكفيل من الحاكم أمر الحاكم باحضاره ، و حكم بينهما فان انفصلت الحكومة بينهما رده الى الحبس

بالحق الاول ، ولو توجه عليه حق يوجب الحبس حبسه أيضاً بالحقين معاً ، وتوقف فكه على خلاصه من الحقين معاً .

الثامن - المشهور في كلام جملة منهم أنه اذا تكفل بتسليمه في موضع معين وجب عملاً بالشرط ولا يبرء بالدفع في غيره .

وقال الشيخ في المبسوط : اذا تكفل على أن يسلمه اليه في موضع ، فسلمه في موضع آخر ، فان كان عليه مؤنة في حمله الى موضع التسليم لم يلزم قبوله ، ولا يبرء الكفيل ، وان لم يكن عليه مؤنة ولا ضرر لزمه قبوله ، كما ذكرنا في الاجل سواء وتبعه ابن البراج في ذلك .

ورداً لاصحاب بما ردوا به قوله في سابق هذا الموضع من أن حقه انما هو في ذلك الموضع المشترك ، فلا يجب عليه القبول في غيره ، لانه ليس حقه ، وأما اذا تكفل بتسليمه مطلقاً ولم يعين موضعاً فظاهرهم أن الاطلاق ينصرف الى بلد العقد ، لانه المفهوم ، وقد تقدم الكلام في ذلك في فصل السلم في كتاب البيع (١) ويشكل ما ذكره بما لو كان محل العقد مكاناً لا رجوع لهما اليه كبرية أو بلد غربة ، يقصدان مفارقتهم ، ونحو ذلك ، الا أن تدل القرائن على استثناء مثل ذلك ، وخروجه عن الاطلاق .

ونقل في المختلف عن الشيخ في المبسوط : أنه اذا أطلق موضع التسليم وجب التسليم في موضع الكفالة ، ثم نقل عن ابن حمزة أنه يلزمه التسليم في دار الحاكم أو موضع لا يقدح على الامتناع ، وردّه قال : لنا انه اطلاق لموضع التسليم فتعين موضع العقد كالسلم ، ولعدم أولوية بعض الامكنة .

التاسع - اذا كان المكفول غائباً ، والكفالة حالة أو مؤجلة ، وحل الاجل وهو غائب ، فان كان الغائب ممن يعرف موضعه ولم ينقطع خبره انتظر بقدر ما يمكن الذهاب اليه والعود به ، وان لم يعرف له خبر ولا موضع وصار مقفود الخبر لم يكلف الكفيل باحضاره ، لتعذره وعدم امكانه ، ولا شيء عليه ، لانه لم يقصر في الاحضار ليؤخذ بالمال ، كما ذكره جملة منهم ولم يضمن المال ، فلا يتعلق به شيء .

العاشر - قال الشيخ في المبسوط : اذا تكفل رجلان بيد رجل لرجل ، فسلمه

أحدهما لم يبرء الآخر، لأنه لا دليل عليه، ولتغاير الحقين، وتبعه ابن حمزة وابن البراج. والمشهور في كلام المتأخرين براءة الآخر، لأن المقصود تسليمه له وقد حصل، بل لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي برىء الكفيل من الكفالة، لحصول الغرض فكيف مع تسليم أحد الكفيلين - فانه أولى.

وتظهر الفائدة لو هرب بعد التسليم الأول، فعلى المشهور لاحق للمكفول له، وعلى قول الشيخ ومن تبعه له الرجوع على الكفيل الثاني، لبقاء حقه عليه، ثم انه على تقدير القول المشهور هل يشترط في تسليم أحد الكفيلين وحده قصد تسليمه عنه وعن شريكه؟ أم يكفي الاطلاق؟ بل يكفي تسليمه عن نفسه احتمالان: ويأتي مثلهما فيما لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي، ويأتي مثله أيضاً في وجوب قبول المكفول له وقبضه ممن لم يسلم، اذ لم يجب عليه قبول الحق ممن ليس له عليه أو بدله - ومن حصول الغرض وهو التسليم.

وظاهر اطلاق الاصحاب القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقاً في هذه المسئلة، وسيأتي الكلام في ذلك بالنسبة الى غير هذه الصورة:

ولو انعكس الغرض بأن تكفل رجل لرجلين برجل، ثم سلمه الى أحدهما لم يبرء من الآخر عند الاصحاب، قالوا: والفرق بين هذه الصورة وسابقتها - بناء على القول المشهور من براءة الجميع - هو أن عقد الكفالة في هذه الصورة وقع مع اثنين، فهو بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراد، وكما لو ضمن دينين لشخصين، فأدى أحدهما، فانه لا يبرء من دين الآخر.

أقول: والظاهر في التنظير انما هو كالمال المشتركين اثنين في ذمة آخر، فانه لا يبرىء بالدفع الى أحد الشريكين، إلا أن يكون وكيلاً عن الآخر في القبض، فيكون المتسلم هنا أصالة من نفسه، ووكالة عن الآخر. بخلاف الصورة السابقة، فان الغرض من كفالتهم احضاره، وقد حصل وان كان بفعل أحدهما فتبطل الكفالة لحصول الغرض منها.

الحادي عشر - لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فانكر المكفول له، فان كان للكفيل ينة ثبت دعواه فلا اشكال، وان لم تكن ينة فاليمين من طرف المكفول له فاما أن يحلف على بقاء حقه أو يرد اليمين على الكفيل،

فان حلف برأ من دعوى الكفيل عليه ، و تثبت الكفالة ، ثم ان جاء الكفيل بالمكفول فادعى البرائة أيضاً لم تكف اليمين الاولى التي حلفها المكفول له للكفيل ، بل عليه له يمين أخرى ، لانها دعوى ثانية لاتعلق له بالدعوى الاولى ، فان الدعوى الاولى فى ثبوت الكفالة وعدمها ، وان لزمها برائة المكفول لو ثبتت ، والدعوى الثانية فى ثبوت الحق وعدمه .

وان ردالمكفول له اليمين على الكفيل فحلف برأ من الكفالة ، ولا يبرء المكفول من المال ، وان كان اللازم من يمينه ذلك ، الا أن الدعويين مختلفان ، ولان الانسان لا يبرء يمين غيره .

نعم فى صورة الدعوى بين المكفول والمكفول له لو حلف المكفول اليمين المردودة عليه بأنه برىء الذمة من دعوى المكفول له برأ المكفول والكفيل ، لانه متى ثبت بها برائة الذمة بطلت الكفالة ، وان كان قد حلف المكفول له للكفيل او لا على عدم البراء ، لسقوط الحق يمين المكفول وتصير فى حكم مالو أدى الحق فتبرىء ذمته ، وبطلت الكفالة كما ذكرناه .

الثانى عشر - قالوا : اذا مات المكفول برأ الكفيل ، وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه الى المكفول له .

أقول : أما الحكم الاول فوجه واضح ، لان متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت ، والاحضار المذكور فى الكفالة انما ينصرف الى حال الحيوة ، لانه الفرد الشايع الذى يترتب عليه الاحكام فيحمل عليه الاطلاق .

قال : بعض محققى متأخرى المتأخرين ، وكأ انه مجمع عليه بين الاصحاب والغرض من ذكره انما هو الرد على بعض العامة ، حيث أوجبوا المال على الكفيل ، الا أنه قال فى المسالك : هذا كله اذا لم يكن الغرض الشهادة على صورته ، والاوجب احضاره ميتاً مطلقاً ، حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا تكون قد تغيرت بحيث لا تعرف ، ولا فرق فى ذلك بين كونه قد دفن وعدمه ، لان ذلك مستثنى من تحريم نبشه . انتهى .

أقول : ما ذكره من الفرع المذكور قد نقله العلامة فى التذكرة عن بعض الشافعية ، ورده ، ولا بأس بنقل ملخص كلامه فى هذه المسئلة فى الكتاب قال (قدس سره)

اذا مات المكفول به بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا ، ثم نقل ذلك عن جملة من علماء العامة ، ثم نقل عن جملة منهم القول بوجوب المال على الكفيل ، معللين ذلك بأن الكفيل وثيقة على الحق ، فاذا تعذر استيفاء الحق ممن عليه استوفى من الوثيقة كالرهن .

ثم رده بالفرق بين الموضوعين المذكورين ، ثم قال : وقال بعض الشافعية : لا يبطل الكفالة ، ولا ينقطع طلب الاحضار عن الكفيل ، وهو أصح قولى الشافعية عندهم ، بل عليه احضار ماله بدفن وقلنا بتعريم التبش لاخذ المال اذا أراد المكفول له اقامة الشهادة على صورته ، كما لو تكفل ابتداء بيدن الميت .

ثم رده بأنه ليس بجيد ، قال : لان الكفالة على الاحضار انما يفهم منها احضاره حال الحيوية ، وهو المتعارف بين الناس - والذي يخطر بالبال ، فيحمل الاطلاق عليه . ويمكن كما احتمله بعض المحققين حمل كلامه فى المسالك على ما اذا اشترط احضاره ميتاً لاجل الاشهاد فى عقد الكفالة .

وأما الحكم الثانى فالظاهر أنه لا اشكال فى صحته ، وبرائة الكفيل لو سلم نفسه تسليماً تاماً ، لحصول الغرض به بأى نحو كان ، وقيد فى التذكرة بما اذا سلم نفسه من جهة الكفيل ، فلو لم يسلم نفسه من جهته لم يبرء الكفيل ، لانه لم يسلمه ، ولا أحد من جهته ، وأطلق فى موضع آخر من الكتاب البرائة كما هو ظاهر عبارة كثير من الاصحاب ، وهو الاظهر .

قال فى المسالك : وهو أجود ، وبه جزم المحقق الاديبلى (قدس سره) ولو سلمه أجنبى عن الكفيل فلا خلاف ولا اشكال ، ولو لم يكن عنه فالوجهان المتقدمان . و جزم فى التذكرة هنا بالتفضيل ، بأنه ان كان عن الكفيل صح وبرئت ذمة الكفيل ، والا فلا ، قال : لانه لا يجب على المكفول له قبوله ، الا أن يكون التسليم صادرا عن اذن الكفيل ، محتجاً بعدم وجوب قبض الحق الامن هو عليه ، لكن لو قبل براء الكفيل .

قال فى المسالك ونعم ما قال : وفى كل هذه الفروع نظر ، واطلاق المصنف وجماعة يقتضى عدم الفرق ، ولعله أوجه .

و كلام التذكرة مختلف ، و سياقه يقتضى التفريع عند الشافعية ، وأنه لا يرضيه ، الآن عبارته وقعت مختلفة .

الثالث عشر - قد صرح الاصحاب (رضوان الله عليهم) بترامى الكفالة ، كما تقدم مثله في الضمان والحوالة ، لانه لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مألصيح كفالة الكفيل من كفيل ثان ، لان الكفيل الاول عليه حق المكفول له ، وهو احضار المكفول الاول ، وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل ، وهكذا في المرتبة الثالثة وما بعدها ، وهو المراد بالترامى ، الا أنه يختلف حكم الاحضار في هذه المراتب ، فانه متى أحضر الكفيل الاخير في هذه المراتب المتعددة مكفوله برء من الكفالة خاصة ، وبقي على مكفوله احضار من كفله ، وهكذا ، ولو أحضر الكفيل الاول مكفوله برء الجميع . لانهم فروع عليه ، وهكذا لو أحضر الكفيل الثانى الكفيل الاول برء هو ومن بعده من الكفلاء للقرعية عليه كما عرفت ، ونحو ذلك لو أبرء المكفول له الاول غريمه ، وهو المكفول الاول برء جميع من تأخر عنه ، لزوال الكفالة بسقوط الحق بالابراء ، ولو أبرء بعض أصحاب هذه المراتب غيره من حق الكفالة ، بمعنى أنه أسقط عنه حق الكفالة ، برء كل من كان بعده دون من كان قبله .

ومتى مات واحد منهم برء من كان فرعاً عليه فبموت من عليه الحق يبرؤن جميعاً ، وبموت الكفيل الاول يبرء من بعده ، وبموت الثانى يبرء الثالث ومن بعده دون من يكون قبله ، وهكذا بعد موت الثالث يبرء من بعده ، ولا يبرىء الاولان ، كل ذلك لما عرفت من القرعية فى المتأخر ، فيسرى اليه الابراء دون المتقدم . وقد تقدم فى الضمان والحوالة وقوع الترامى والدور فيهما ، والترامى هنا قد عرفت صحته ، وأما الدور ، فانه لا يصح هنا ، لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله ، وان تعدد ، فلامعنى لمطالبته باحضار من كفله كذا أفاده شيخنا الشهيد الثانى (عطر الله مرقده) فى المسالك . والله العالم .

الرابع عشر - لا يخفى أنه حيث أن الغرض من الكفالة احضار ذات المكفول ، فالواجب فى عقد الكفالة الاتيان بلفظ يدل على ذلك ، ولا خلاف ولا اشكال فيما

لو قال : كفلت لك فلاناً أو أنا كفيل به ، أو باحضاره ، وفي حكم لفظ ذاته ، لفظ نفسه وبدنه ، لان الجميع بمعنى واحد في العرف العام ، وان اختلفت تحقيقاً في الحقيقة .

انما الكلام في مثل لفظ الرأس والوجه ، بأن يقول : كفلت لك برأسه - أو بوجهه ، فظاهر جملة من الاصحاب كالعلامة والمحقق وغيرهما ، بل الظاهر أنه المشهور بينهم صحة الكفالة ، لان هذين اللفظين مما يعبر بهما عن الجملة . والحق بهما العلامة في التذكرة الكبد والقلب ، وكل عضو لا تبقى الحياة بدونه ، والجزء المشاع كالثلك والرابع ، قال : لانه لا يمكن احضار المكفول الا باحضاره كله ، وتنتظر في ذلك بعض محققي المتأخرين ، قال : أما الاول فان العضوين المذكورين وان كانا قد يطلقان على الجملة ، الا أن اطلاقهما على أنفسهما خاصة أيضاً شايع متعارف ، ان لم يكن أشهر ، وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح - مع الشك في حصول الشرط وأسالة البرامة من لوازم العقد غير واضح .

نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزء اتجهت الصحة ، كإرادة أحد معنئى المشترك ، كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يمكن الحكم بالجملة قطعاً ، بل كالجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه ، وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على أحدهما ، فعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بأنه قديعبر بذلك عن الجملة . وأما الثاني وهو الاجزاء التي لا يعيش بدونها وما في حكمها ، فلان احضاره وان كان غير ممكن بدونها ، الا أن ذلك لا يقتضى صحة العقد ، لان المطلوب من الكفالة هو المجموع ، أو ما يطلق عليه كما في السابق على تقدير ثبوته . أما اذا تعلق ببعضه فلا دليل على صحته ، وان توقف احضار الجزء المكفول على الباقي لان الكلام ليس في مجرد احضاره ، بل في احضاره على وجه الكفالة الصحيحة ، فوجوب احضاره لا يتعلق به الكفالة يترتب على صحة كفالة الجزء الذي تعلقت به ، وذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعاً بل في الجملة ، فلا يتم التعليل ، ولا اثبات الاحكام الشرعية المتلقاة من الشرع بمثل هذه المناسبات ،

ولو جاز اطلاق هذه الاجزاء على الجملة مجازاً لم يكن ذلك كافياً، لكونه غير متعارف مع أن المتعارف ما قد سمعت ، وحينئذ قال قول بعدم الصحة أوضح .

وأما الجزء الذي تبقى الحياة بعد زواله ، ولا يطلق عليه اسم الجملة كاليد والرجل فعدم الصحة فيه أشد وضوحاً ، كما جزم به بعضهم ، واستشكل فيه في القواعد مما ذكر ، ومن عدم إمكان احضاره على حالته بدون الجملة ، فكان كالرأس او القلب ، ولا يبعد القول بالصحة لمن يقول بها فيما سبق وان كان الحكم فيه أضعف . انتهى كلامه (زيد مقامه) وهو جيد وجيه ،

أقول : لا يخفى على من راجع كتاب التذكرة ، أن هذه الفروع وما وشحت به من التعليقات كلها من كلام العامة ، وقد تبعهم فيه أصحابنا ، واختلفوا باختلافهم وعللوا بتعليلاتهم ، وهكذا في جملة هذه الفروع الغريبة مما تقدم في الكتب المتقدمة ، وما يأتي كلها إنما جروا فيها على نهج أولئك ، فانه لا يخفى على من طالع مصنفات قدمائنا (رضوان الله عليهم) انهم لا يذكرون غير مجرد الاخبار ، وهذا التفريع وتكثير الفروع في الأحكام الشرعية مبني على ما كان من الشيخ تبعاً لكتب المخالفين في مبسوطه وخلافه ، وتبعه من تأخر عنه نساء الله عز وجل المسامحة لنا ولهم من زلات الأقدام ، ومداحض الأفهام . والله العالم بحقايق الأحكام ونوابه القائمون بمعالم الحلال والحرام .

كتاب الصلح

وهو عقد شرع لقطع التجانب ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع .
قال الله عز وجل (١) « وان امرأة خافت من بعلها نشوذاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وقال عز وجل (٢) « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » .

وروى في الكافي عن حفص ابن البختري (٣) في الصحيح أو الحسن عن
أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : الصلح جائز بين الناس » .
وروى في الفقيه مرسلاً (٤) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) :
« الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً »
وروى في البحار (٥) نقلاً عن كتاب الامامة والتبصرة مسنداً عن مسعدة بن
صدقة عن الصادق (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) قال : قال
رسول الله (صلى الله عليه وآله) الحديث .

(١) سورة النساء الاية ١٢٨

(٢) سورة الحجرات الاية ٩

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٥

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٢١ ح ١٦

(٥) البحار ج ١٠٣ ص ١٧٨ - ح ٢ - والوسائل ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من كتاب الصلح .

وروى في الكافي عن هشام بن سالم (١) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : لان أصلح بين اثنين أحب الي من أن أتصدق بدينارين .
وعن المفضل (٢) قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : اذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعة فافتدها من مالي .

وعن أبي حنيفة سابق الحاج (٣) قال : من بنا المفضل وأثاوختنى تشاجر في ميراث ، فوقف علينا ساعة ثم قال لنا : تعالوا الى المنزل ، فأتينا فأصلح بيننا بأربع مائة درهم ، فدفعها اليها من عنده حتى اذا استوثق كل واحد منا من صاحبه . قال لنا : أما أنها ليست من مالي ولكن أبو عبد الله (عليه السلام) أمرني اذا تنازع رجلان من أصحابنا في شيء أن أصلح بينهما وأتقدي بها من ماله ، فهذا من مال أبي عبد الله (عليه السلام) ، الى غير ذلك من الاخبار الواردة في المقام ، وسيأتي شطر منها في بعض الاحكام .

وما ذكرنا هنا من الايتين وبعض الاخبار وان لم يكن صريحاً في هذا العقد المنصوص الذي هو محل البحث في هذا الكتاب ، الا أنه صالح لشموله وادخاله في ذلك . اذا عرفت ذلك فالبحث في هذا الكتاب يقع في مطلبين :

الاول - في جملة من الاحكام ، وفيه مسائل : الاولى - الظاهر أنه لاختلاف بين أصحابنا (رضوان الله عليهم) في أنه لا يشترط في صحة الصلح سبق نزاع ، بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم صح ، وأقاد نقل كل من العوضين كما في البيع ، لاطلاق الدالة على جوازه من غير تقييد بالخصومة ، كالحديث النبوي المتقدم ، وصحيفة حفص بن البختري المتقدمة . (٤)

وصحيفة محمد بن مسلم (٥) عن الباقر (عليه السلام) أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ، ولي ما عندي فقال : لا بأس بذلك اذا

(١) و (٢) و (٣) في الكافي ج ٢ ص ٢٠٩ باب الاصلاح بين الناس ج ٢-٣-٤ ايضاً في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٢ ح ١ و ٣ و ٤

(٤) ص ٨٣

(٥) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١ و الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١

تراضيا ، وصحيحة منصور بن حازم (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجلين الحديث كما في سابقه وزاد وطابت به أنفسهما .
وصحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) وغير واحد عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في الرجل يكون عليه شيء فيمالح ، فقال : اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس » .

وصحيحة الحلبي (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يعطى أقترة من خبطة معلومة يطحنها بدداهم ، فلما فرغ الطحان من طحنه قد الدداهم ، وقفيزأمنه وهو شيء اصطالحوا عليه فيما بينهم ، قال : لا بأس به ، وان لم يكن ساعره على ذلك ، الى غير ذلك من الاخبار الظاهرة في المراد .

هذا والاصل في العقود المصحة ، للامر بالوفاء ، لا يقال : انهم قد عرفوه كما قدعنا ذكره بأنه عقد شرع لقطع التجاذب ، وهو مستلزم لتقدم الخصومة ، لأننا نقول : أولاً أن الظاهر أن هذا التعريف انما وقع من العامة ، وتبعهم أصحابنا فيه ولهذا ان بعض العامة شرط فيه تقدم الخصومة ، فلا تقوم به حجة في الخروج عن ظواهر الأدلة المشار اليها ، وثانياً أنه مع الانعاض عن ذلك ، فانه لا يلزم من كون أصل مشروعيته لذلك أنه لا يكون الا كذلك ، الا ترى أنه قد ورد في وجوب العدة وأصل مشروعيتها التعليل باستبراء الرحم ، مع وجوبها في جملة من المواضع المقطوع فيها بيراثه الرحم ، كمن طلق زوجته أو مات عنها بعد مفارقتها لها سنين عديدة ، ونحوه ماورد من تعليل استحباب غسل الجمعة بالتأذي من روايح الانصار اذا حضروا الجمعة ، فتأذي الناس بريح أباطهم ، فأمروا بالغسل لدفع تأذي الناس بذلك ، مع ما استفاد من استحباب الغسل وان كانت رايحة كرايحة المسك ، الى غير ذلك .

وبالجملة فان الخلاف في هذا المقام انما هو من العامة ، نعم اختلف أصحابنا في كونه عقداً برأسه أو فرعاً على غيره ، فالمشهور الاول وان أفاد في ذلك فائدة غير

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٢١

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٩

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١٦٦ ص ١٦٩ ح ١٠

ومجرد افادته فائدة غيره لا يستلزم فرعيته عليه .

وذهب الشيخ في المبسوط الى أنه فرع على عقود خمسة ، فجعله فرع البيع اذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم ، وفرع الاجارة اذا وقع منفعة مقددة بمدة معلومة بعوض معلوم ، وفرع الهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض ، وفرع العارية اذا تضمن اباحة منفعة بغير عوض ، وفرع الأبراء اذا تضمن اسقاط دين أو بعضه .
والاصحاب ردوه بأن افادة عقد فائدة عقد آخر لا تقتضى كونه من أفراده ، مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه ، كغيره من العقود .

ويظهر الفرق بين القولين : أنه على المشهور عقد لازم لدخوله فى عموم الامر بالوفاء بالعقود ، وعلى قول الشيخ يلحقه حكم ما ألحق به من العقود فى ذلك الفرد الذى ألحق به .

أقول : لا يخفى أن ما ذهب اليه الشيخ هنا قد تبع فيه الشافعى حسبما نقل عنه ، قال فى التذكرة : الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً على غيره ، بل أصل فى نفسه ، منفرد فى حكمه ، ولا يتبع غيره فى الاحكام ، لعدم الدليل على تبعية الغير ، والاصل فى العقود الاصاله .

وقال الشافعى : انه ليس باصل منفرد بحكمه ، وانما هو فرع على غيره ، وقسمه على خمسة أضرب ، ضرب فرع البيع ، وهو أن يكون فى يده عين أو فى نعمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصالحه على ما يتفقان عليه ، وهو جائز فرع على البيع ، بل هو بيع عنده ، يتعلق به أحكامه .

وضرب هو فرع الأبراء والحطيطة ، وهو أن يكون له فى نعمته دين فيقر له به ثم يصالحه على أن يسقط بعضه ، ويدفع اليه بعضه وهو جائز وهو فرع الأبراء .
وضرب هو فرع الاجارة ، وهو أن يكون له عنده دين أو عين فصالحه عن ذلك على خدمة عبد أو سكتى دار فيجوز ذلك ويكون فرع الاجارة .

وضرب هو فرع الهبة ، وهو أن يدعى عليه دارين أو عبيدين وشبههما فيقر له بهما ويصالحهما من ذلك على احديهما ، ويكون هبة للآخرى .

وضرب هو فرع العارية ، وهو أن يكون فى يده دار فيقر له بها ويصالحه

على سكتها شهراً وهو جائز ويكون ذلك عارية . انتهى .
والعجب من دعوى العلامة هنا الاجماع من أصحابنا أجمع أنه عقد قائم بنفسه ، ليس فرعاً على غيره ، مع ما عرفت من تصريح الشيخ بما نقله عن الشافعي من الفرعية من المواضع الخمسة ، واشتهار النقل عنه في كتب الأصحاب ، ومنهم هو (قدس سره) في المختلف ، حيث نسب فيه القول بالاصالة الى المشهور ، ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه فرع لغيره .

وكيف كان فهذا القول بمحل من الضعف والقصور ، فالاعتماد على القول المشهور ، لعدم الدليل على هذه الدعوى ، فإن الاصل في جميع العقود من صلح وغيره هو كون ذلك العقد أصلاً برأسه ، وجعله في حكم غيره أو فرعيته عليه فيلحقه أحكام غيره يحتاج الى دليل واضح .

ومن هنا أنكر المحقق الأردبيلي (رحمه الله) كون قول الشيخ في المبسوط بذلك مذهباً له ، وإنما هو نقل لقول العامة ، واستند في ذلك الى دعوى الاجماع في التذكرة ، وهو عجيب منه (قدس سره) وكأنه لم يلاحظ كتاب المبسوط في هذا المقام ، فإن عبارته صريحة في كونه مذهب ، حيث قال بعد ذكر الأدلة الدالة على مشروعية الصلح من الآيات والروايات : ما صورته فإذا ثبت هذا فالصلح ليس بأصل في نفسه ، وإنما هو فرع لغيره ، وهو على خمسة أضرب ، أحدها فرع البيع ، وثانيها فرع الأبراء ، ثم ساق الكلام في هذه الخمسة الى أن قال : إذا ورث رجلان من مورثهما ما لافصال أحدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشئ يدفعه اليه ، فإن هذا الصلح فرع البيع يعتبر فيه شرائط البيع ، فما جاز في البيع جاز فيه ، وما لم يجز فيه لم يجز فيه ، إلا أنه يصلح بلفظ الصلح ، ومن شرط صحة البيع أن يكون معلوماً ، ثم ذكر جملة من شروط البيع وأحكامه ، ومنها خيار المجلس إلا أنه قال في آخر الكلام ، ويقوى في نفسى أن يكون هذا الصلح أصلاً بنفسه ، ولا يكون فرع البيع ، فلا يحتاج الى شروط البيع ، واعتبار خيار المجلس على ما بيناه فيما مضى ، ثم ساق الكلام في باقي الاقسام ، وكلامه (قدس سره) ظاهر بل صريح في كون ذلك مذهباً له ، لا نقلاً لمذهب العامة كما توهمه المحقق المذكور .

لكنه كما ترى قد صرح بالرجوع عن ذلك في صورة الفرعية على البيع ، وقال : بأن الأقوى عنده أنه أصل برأسه في هذه الصورة ، مع اشتهاار الثقل عنه في كتب الأصحاب بالفرعية في البيع وغيره ، كما لا يخفى على من وقف على كلامهم ، وكأنهم لم يراجعوا الكتاب المذكور ، واعتمدوا في ذلك على نقل بعضهم عن بعض ، والافان العبادة كما ترى صريحة في المدول عن مذهبه في هذه الصورة بخصوصها ، فينبغي المراجعة في أمثال هذه المقامات ، وعدم الاعتماد على النقول ، وإن كانت من مثل هؤلاء الفحول ، والمعصوم من عصمه الله تعالى فيما يفعل ويقول . والله العالم .

المسئلة الثانية - قد صرح الأصحاب (رضوان الله عليهم) بصحة الصلح مع الاقرار والانكار ، الا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً .

أقول : أما الحكم الاول فلا خلاف فيه عندهم ، قال في التذكرة : يصح الصلح على الاقرار والانكار معاً سواء كان المدعى به ديناً أو عيناً عند علمائنا أجمع ، وبه قال أبو حنيفة و احمد انتهى .

وقال في المسالك - بعد قول المصنف يصح مع الاقرار والانكار - هذا عندنا موضع وفاق .

وبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الانكار ، نظراً الى أنه عاوض على ما لم يثبت له ، فلا تصح المعاوضة ، كما لو باع مال غيره ، ونحن نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح ، فانه عين المتنازع ، والفرق بينه وبين البيع ظاهر ، فان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه ، بخلافه هنا ، ولان معنى شرعيته عندنا وعنده على قطع التنازع وهو شامل للحالين . انتهى .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن صحة الصلح مع الاقرار والاعتراف بالمدعى مما لا اشكال فيها لمعلوميته عند صاحبه : ولا فرق بين أن يصالح عنه بأقل ، او أكثر أو ما سواه ، للمعلومية في الجميع ، وحصول التراضي من الطرفين .

انما الاشكال في صورة الانكار بأن يدعى شخص على غيره ديناً أو عيناً فينكر المدعى عليه ، فتقع المصالحة بينهما اما بمال آخر ، أو ببعض المدعى أو غير ذلك من منفعة وغيرها ، فانه باعتبار الانكار ، واختلاف الخصمين في ذلك نفيًا وإثباتاً يحتمل أن

يكون المدعى محققاً : والمدعى عليه مبطلاً في انكاره ، وأنه مشغول الذمة في الواقع ، فالصلح هنا وإن أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر - و عدم صحة الدعوى بعد ذلك ، لصحته بحسب الظاهر - إلا أنه لا يفيد برائة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح ، فيما لو فرض أنه صالحه على أقل مما في ذمته في الواقع ، أو بعض العين أو المال الآخر ، بل يبقى مشغول الذمة بالباقي وإنما تبرء ذمته بقدر مادفعه خاصة . وقد دل على ذلك صحيحة عمر بن يزيد (١) عن أمي عبدالله (عليه السلام) قال : إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ، ثم صالح ورثته على شيء ، فالذي أخذته الورثة لهم ، وما بقي فهو للميم يستوفيه منه في الآخرة ، وإن هولم يصلحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو للميم يأخذه به .

حتى أنه لو كانت الدعوى على عين في يده وصالح عنها بأقل من قيمتها فالعين بأجمعها في يده مفسوبة ، ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع ، لعدم صحة المعاوضة في نفس الأمر . ويحتمل أن يكون المدعى مبطلاً والمدعى عليه محققاً في انكاره ، وأنه برئ الذمة في الواقع ، فإن الصلح وإن صح ظاهراً ، لكنه لا يصح بحسب الواقع ، ولا يستبيح للمدعى ما دفع إليه من مال الصلح ، لأنه أكل مال بالباطل ، والمدعى عليه إنما دفعه إليه اقتداءً من هذه الدعوى الكاذبة ، أو خوف الضرر على نفسه وماله لو لم يفعل ، و مثل هذا لا يعد عن تراض يحصل به الإباحة .

نعم لو كانت الدعوى مستندة إلى شبهة وقرينة تخرج بها عن الكذب المحض ، كما لو وجد المدعى بخط مورثه أن له على فلان مالا أو شهد له من لا يثبت الحق بشهادته شرعاً ولم يكن المدعى عالماً بالحال ، وإنما ادعى بناء على هذا القرض ، وتوجهت له اليمين على المدعى ، فصالحه على إسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة ، فالظاهر هنا صحة الصلح في نفس الأمر ، واستحقاق ما يأخذه من مال الصلح ، وبذلك صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك أيضاً .

وبالجملة فالحكم بالصحة في صورة الانكار مرادها ما هو أهم من الصحة

بحسب ظاهر الشرع دون نفس الامر قارة كما عرفت ، ومن الصحة ظاهراً وواقعاً فيما اذا حصل الصلح على مقدار ما في الذمة ، كما في الصورة الاولى (١) .
وأما الحكم الثاني وهو قولهم « الا ما أحل حراماً أو جرم حلالاً » فهو عين ما صرح به الحديث النبوي المتقدم ، وفسر الاصحاب تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع لاسبب لباحته الا الصلح ، أو يشرى أو أحدهما الخمر و نحو ذلك .

وبالجملة ما يكون محرماً في حد ذاته ، ويراد تحليله وابعائه بالصلح ، وتحريم الحلال بأن لا يبطأ أحدهما تحليلته أو لا ينتفع بماله ، أو نحو ذلك مما هو حلال له في حد ذاته ، وانما يراد تحريمه بالصلح .

وعلى هذا فالاستثناء متصل ، لان الصلح على هذا باطل ظاهراً وواقعاً ، وربما فسر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعة أو بدله مع كون أحدهما عالماً بطلان الدعوى : كما تقدم بيانه ، وعلى هذا يكون الاستثناء منقطعاً ، لما عرفت من الحكم بصحة الصلح هنا ظاهراً ، وانما بطلانه بحسب الواقع ونفس الامر ، والحكم بالصحة ، والبطلان انما يتوجه الى الظاهر ، فلا يصح أن يكون الاستثناء متصلاً ، ويحتمل كونه متصلاً بالنظر الى الواقع ، وهذا المثال يصلح للأمرين معاً فانه محل للحرام بالنسبة الى الكاذب (٢) ومحرّم للحلال بالنسبة الى المحق . والله العالم .

المسألة الثالثة - قد صرح جملة من الاصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يصح الصلح مع العلم بالمتنازع فيه وجهله ، ديناً كان أو عيناً ، وما ذكره من الصلح مع العلم فلا ريب في صحته ، لارتفاع الجهالة ، وحصول التراضي ، وان كان يبقى الكلام في المبطل منهما باعتبار الاستحقاق واقعاً وعدمه ، فيجوز فيه ما تقدم في سابق هذه المسألة .

(١) وهي احتمال ان يكون المدعى محقاً والمدعى عليه مبطلاً في انكاره . منه رحمه الله

(٢) فان الكاذب أخذ ما لا يستحقه واقعاً بهذا الصلح وصار حلالاً له بحسب الظاهر من هذا الصلح ما لا يستحقه واقعاً من المال الذي يدعيه . منه رحمه الله .

واما مع الجهل فيحتمل أن يكون مرادهم به كما ذكره جملة من المتأخرين ما كان ناشئاً عن عدم امكان العلم ، بحيث يتعذر عليهما استعماله ، لامطلقاً للزوم الفرر المنهى عنه شرعاً ، ولو ادى العلامة (قدس سره و روحه و نور ضريحه) في هذا المقام تفصيل حسن ، يحسن ذكره وان طال به زمام الكلام ، فانه من أهم المهام ، قال (عطر الله مرقده و أعلى في جوار أئمة صلوات الله عليهم مقعده) بعد كلام في المقام : اذا عرفت هذا فنقول الصلح اما ان يقع على معلوم عند المتصالحين أو مجهول عندهما ، أو معلوم عند أحدهما و مجهول عند الآخر .

وعلى الثاني فاما أن يتعذر معرفته مطلقاً ، أو في الحال فقط مع امكان معرفته في وقت آخر . أو يمكن معرفته مطلقاً .

وعلى الثالث فالعالم فيه اما أن يكون هو المستحق ، أو من عليه الحق ، فان كان الاول فاما أن يقع الصلح بأكثر من حقه أو لا ، فان كان الثاني فاما أن يعلم الغريم المستحق بمقدار حقه أو لا ، ومع عدم اعلامه فاما أن يصلحه بأقل من حقه أو لا فهذه تسع صور :

الاولى - أن يكون المدعى معلوماً عند كل من المتصالحين ، والحكم فيه بالصحة واضح ، لارتفاع الجهالة و الفرر فيه ، ولا فرق بين كون المدعى عيناً أو ديناً ، و كون الصلح بمقدار مال المدعى من الحق أو أقل منه أو أكثر ، مع حصول الرضا الباطني من كل منهما لصحة المعاوضة ظاهراً و باطناً .

الثانية - أن يكون مجهولاً عندهما وكان مما يتعذر معرفته و الا حاطة به منهما مطلقاً عيناً كان أو ديناً كوارث يتعذر العلم بحصته ، و دين غير معلوم الجنس أو الكم ، و قفيز من دقيق حنطة أو شعير ممتزج ، و كسبر من طعام أتلغها شخص على آخر ، ولم يعلمها بحددها ، ففي هذه كلها يصح الصلح ظاهراً و في نفس الامر و يفيد نقل الملك و ابراء النعمة ، و ان كان على المجهول كما صرح به الاصحاب (رضوان الله عليهم) .

بل ظاهر عبارة الشهيد الثاني في المسالك الاجماع على جوازه ، وذلك لان ابراء النعمة أمر مطلوب ، والحاجة اليه ماسة ، ولا طريق اليه الا هذا الصلح

ويبدل على صحته أيضاً عموم الآية كقوله تعالى (١) « والصلح خير » والاخبار كقوله صلى الله عليه وآله (٢) « والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » .

وقول الصادق (عليه السلام) في حسنة حفص بن البختري (٣) « الصلح جائز بين الناس » .

وخصوص صحيحة محمد بن مسلم (٤) عن الباقر (عليه السلام) ، وصفوان عن منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) « انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد كم له عند صاحبه ، فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي ، فقال : لا بأس بذلك اذا تراضيا » .

فان الظاهر من الروايات عدم امكان العلم والمعرفة بقدر ذلك الطعام من كل منهما كما هو واضح .

الثالثة - أن يكون مجهولاً عندهما ولكن لا يتعذر العلم به ، بل يمكن معرفته مطلقاً ، فهذا لا يصلح الصلح عليه قبل العلم به على الاظهر ، لمصول الجهل فيه والقرع الموجب للضرر بالزيادة والتقصية مع امكان التحرز عنه ، بل لا بد من العلم به أولاً بالكيل في المكيل ، والوزن في الموزون ، والعد في المعدود والذرع في المذروع ، فلو صالحه على صبرة من طعام من غير كيل ولا وزن لم يصح كما قد سبق ، لان الاستعلام فيه ممكن .

وكذا ظرف البر والارز ، ودعاء التمر ونحوه لا يصلح عليه الا بعد معرفة كيله أو وزنه مثلاً ، ومن هذا القبيل الصلح على نصيب شخص من عين أو ميراث مع جهلها به وامكان العلم بقدره وتعيينه بعد الملاحظة والمراجعة ، وان كان في الحال ، فان الصلح والحال هذه غير صحيح لا ظاهراً ولا باطناً ، ولا يفيد تملكاً

(١) سورة النساء الآية ١٢٨

(٢) اقيقه ج ٣ ص ٢١ ح ١

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٥

(٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١ - اقيقه ج ٣ ص ٢١ وذيل رواية منصور وطابت

به أنفسهما ح ٢ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٤ ح ١ و ٢ ص ١٦٥ ح ١

ولا ابراء ، وعموم الآية والاخبار الدالة على جواز الصلح بين المسلمين مخصص بما لاغرر فيه ولا جهالة ، للنهي عن ذلك في الخبر كما عرفت .

الرابعة - أن يكون مجهولاً عندهما ، والعلم به ممكن في الجملة ، لكنه متعذر لعدم الميزان والمكيال في الحال ، ومساس الحاجة الى الانتقال ، وقد استقرب جمع من الاصحاب منهم الشهيد (قدس سره) في الدروس والشيخ المقداد في التنقيح والشهيد الثاني في المسالك صحة الصلح ، والحال هذه ، وجهه تعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة ، ومساس الحاجة لوقوعه ، والتضرر بتأخيرها واحتصار الطريق في نقله فيه مع تناول عموم الآية ، والاخبار السالفة .

ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب شخص من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال ، مع امكان الرجوع في وقت آخر الى فرضي أو عالم به مع مسيس الحاجة الى نقل النصيب في الحال .

الخامسة - أن يكون مجهولاً عند المستحق ومعلومًا عند الآخر ، وهو من عليه الحق ولم يعلمه بقدره ، وصالحه بأقل من حقه ، وذلك كتركه موجودة يعلمها الذي هو في يده ويجهلها الآخر ، وكذا كل من له نصيب من ميراث أو غيره لا يعلم به ، ويعلم به خصمه اذا صالحه بأقل منه من غير اعلامه ، سواء كان من عليه الحق منكراً ظاهراً أو مقراً بمقدار ما صالح به أو أقل منه ، فان الصلح حينئذ غير صحيح ، والمعاوضة في نفس الامر باطلة ، والواجب عليه اعلام صاحب الحق ، فان رضى بالصلح بالاقل ، والاوجب ايصال حقه اليه بتمامه ، فأما الصلح قبل الاعلام فهو حرام ، لا يثمر تملكاً - لو كان المدعى عيناً - ولا ابراءً من الباقي لو كان ديناً حتى لو صالح على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبة ، ولا يستثنى له مقدار مادفع ، لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر .

والذي يدل على عدم صحة هذا الصلح وجوازه - مضافاً الى ما فيه من الضرر والخدع المنتهى عنه وكونه من قبيل الصلح الذي احل حراماً وحرم حلالاً - ما رواه علي بن أبي حمزة (١) قال : قلت لابي الحسن عليه السلام : رجل يهودي

أوصرائى كانت له عندى أربعة آلاف درهم فمات ، أيجوز لى ان أصلح ورثته
ولأعلمهم كم كان ؟ قال : لايجوز حتى تنبرهم ، ونحوها صحيحة عمر بن يزيد (١)
عن أمى عبدالله (عليه السلام) ، قال : اذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى
مات ثم صالح ورثته على شيء : فالذى أخذته الورثة لهم ، وما بقى فهو للميت يستوفيه
منه فى الاخرة الحديث وموقفه (٢) أيضاً وقال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام)
عن رجل ضمن على رجل ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذى صالح عليه ،
نعم هذا الصلح مع فساد عدم صحته فى نفس الامر ، هو صحيح بحسب ظاهر الشرع ،
كما صرح به جماعة من الاصحاب ، منهم الشيخ على بن عبد العالى فى شرح القواعد ،
و الشهيد الثانى فى شرح الشرايع ، فيحكم به على كل واحد منهما ، ولايجوز
لهما الخروج عن مقتضاه ظاهراً ، لعدم العلم بكون من عليه الحق مبطلاً فى صلحه
خادعاً فيه ، واحتمال كونه محققاً فيكون حاله المشتبه ، فلا يكون صلحه باطلاً فى
الظاهر - وان كان على مجهول .

نعم لو انكشف أمره ظاهراً بعد الصلح ، بحيث علم مقدار المدعى ، أو زيادته
على ما صالح عليه ، أو اعترف هو بذلك اتجه بطلان الصلح حينئذ ظاهراً أيضاً ،
و وجب عليه تسليم المدعى ظاهراً لظهور شغل نعمته ، و بطلان المعاوضة ظاهراً
وباطناً ، هذا اذا لم يكن من له الحق قد رضى باطناً بالصلح بالاقل ، أما الورضى به
باطناً كان الصلح صحيحاً فى نفس الامر حينئذ كما قطع به العلامة (قدس سره)
فى التذكرة ، وحينئذ فلايجوز له أخذ ما زاد عن مال الصلح ، وان علم الزيادة
لحصول الرضا منه باطناً بذلك الاقل عوضاً عن حقه ، وان كثر فيكون العبرة فى
إباحة الباقي بالرضا الباطن ، لا بالصلح .

ويمكن أن يستدل عليه بصحيفة الحلبي (٣) عن أمى عبدالله (عليه السلام)
« فى الرجل يكون عليه شيء فيصالح فقال : انا كان بطيية نفس من صاحبه فلا بأس »

(١) و (٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١١٠ و ص ٢١٠ ح ٧ .

وهما فى الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٦ و ٧ و ٨ .

(٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٢ .

وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ١٦٦ ح ٤ و ص ١٥٣ ح ١ و ص ١٦٦ ح ٣ .

فهي دالة بإطلاقها الشامل لذلك كما هو ظاهر .

السادسة - ان يكون مجهولاً عند المستحق معلوماً عند من عليه الحق ، ولم يعلم قدره لكن صالحه بمقدار حقه أو أكثر ، وقد صرح جمع من الاصحاب منهم الشهيد الثاني في شرح الشرايع بصحة الصلح حينئذ ، وان كان على مجهول ، لا تنفأ الفرر والخدع فيه ، مع أن العبرة بوصول حقه اليه لا بالصلح ، وأما اشتراط الاعلام في صحة الصلح كما في خبر على ابن أبي حمزة السالف فالظاهر أنه مخصوص بما اذا أريد الصلح بالقتل ، لانه مظنة الفرر والخدع ، فمع وقوع الاعلام بقدره ينتفى الفرر والخدع رأساً أما مع المصالحة بتمام الحق أو أكثر منه فلا خدع فيه قطعاً ، فلا يجب فيه الاعلام مع دخوله في عموم الأدلة الدالة على جواز الصلح بين المسلمين .

السابعة - أن يكون مجهولاً عند المستحق معلوماً عند من عليه الحق ، ولكن أعلمه بقدره ولا شك في جواز الصلح وصحته حينئذ ، سواء صالحه بمقدار حقه أو بأقل مع الرضا به لحصول العلم وارتفاع الجهالة وحصول الرضا ، وعموم ، أدلة جواز الصلح . والله العالم .

الثامنة : أن يكون معلوماً عند المستحق مجهولاً عند الآخر فصالحه بأكثر من حقه الذي له في الواقع ، لقصد التخلص من دعواه لم يصح هذا الصلح في نفس الامر ، ولم يستبح به ما زاد عن حقه الذي له في الواقع ، لبطلان المعاوضة في نفس الامر ، وان كانت صحيحة بحسب ظاهر الشرع ، كما سبق نظيره ، فالظاهر أن ذلك باطل مع عدم الرضا الباطني من الغريم ، لكونه حينئذ من قبيل أكل المال بالباطل ، أما مع رضاه بالصلح كذلك باطناً فالظاهر صحة الصلح حينئذ ، وإباحة ذلك للزائد عن حقه لطيب نفسه به ، والظاهر أن العبرة حينئذ في إباحة ذلك الزائد بالرضا به ، لا بالصلح كما سبق مثله .

التاسعة - الصورة بحالها ولكن صالحه بقدر حقه أو أنقص ، ولا شك في صحة الصلح فيها ظاهر أو باطناً . والله العالم . انتهى كلامه علت في الخلد أقدامه ، ورفع فيها مقامه .

أقول : ما ذكره (قدس سره) من هذه الصور التسع بالتقريبات التي ذيلها

بها ظاهر ، إلا أن ما ذكره في الصورة الثالثة مما يمكن تطرق المناقشة إليه ، فإن مرجع استدلاله إلى تخصيص عمومي الأية والأخبار - الدالة على صحة الصلح في مثل هذه الصورة - بالأخبار الدالة على النهي عما يشتمل على الفرر والجهالة في المعاضة . والتحقيق أن يقال : لا ريب أن هنا عمومين قد تعارضا ، وهما عموم أخبار الصلح الدال على دخول مثل هذه الصورة ، وعموم أخبار النهي عن الفرر والجهالة الشامل للصلح وغيره من المعاضات ، وليس تخصيص عموم أخبار الصلح - بعموم أخبار النهي عن الفرر - ليتم ما ذكره - بأولى من تخصيص عموم أخبار النهي عن الفرر والجهالة بأخبار الصلح ، فيقال : حينئذ بصحة الصلح في هذه الصورة وإن استلزم الفرر والجهالة كما أن ذلك حاصل في الصورة الثانية والرابعة ، ولا بد لترجيح أحدهما على الآخر من دليل ، ويمكن ترجيح الثاني بظهور عموم أخبار الصلح مع تكرارها وتعددتها على وجه يشمل الصورة المذكورة ، بخلاف ما دل على النهي عن الفرر والمجهول ، فإنا لم نقف فيه على رواية سريضة ، وإن تكرر دورانه في كلامهم ، وتداول على رؤوس أقلامهم .

وقد تقدم في كتاب البيع قول جملة من الأصحاب بصحة بيع المجهول في جملة من المواضع ، ودلت جملة من الأخبار على الصحة أيضاً في مواضع ، وقد حققنا البحث ثمة على وجه يظهر منه أنه ليس ذلك بقاعدة كلية ، ولا ضابطة جلية كما ادعاه جملة منهم ، وبذلك يظهر لك أن الأظهر هنا هو ترجيح عموم أخبار الصلح وابقائها على عمومها ، والتخصيص فيما دل على النهي عن الفرر والمجهول ، فإنه إذا ثبت صحة العقد مع الجهل والفرر في البيع الذي هو أكثر شروطاً وأضييق مدخلاً ثبت في الصلح بطريق أولى ، لأنه موضوع على المسامحة والمساهلة ، ولأن العمدة فيه كما هو المفهوم من أخباره هو التراضي من الطرفين ، أما ظاهراً وباطناً . فيصح حينئذ كذلك إظهاراً خاصة فتختص الصحة بالظاهر ، والتراضي في موضع النزاع حاصل ظاهراً وباطناً .

ويؤيد ما قلناه ما هو ظاهر من كلام جملة من متقدمي المتأخرين كالمحقق والعلامة وغيرهما من الحكم بصحة الصلح مع العلم والجهل مطلقاً ، كما قدمناه

في صدر المسئلة .

قال في التذكرة : لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لأقرباً ولا جنساً ، بل يصح سواء علماً قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه ، ديناً كان أو عيناً ، وسواء كان ارتناً أو غيره عند علمائنا أجمع ، ثم استدلل بالأدلة العامة من آية ورواية على صحته مع الجهل ، ولم يفصل في اثناء كلامه بين ما يمكن استعلامه وما لا يمكن ، وهو ظاهر فيما قلناه .

والأظهر منه ما صرح به المحقق الأردبيلي (قدس سره) في شرح الارشاد حيث قال في هذا المقام : ولا بد أن يكون معلوماً ليندفع الغرر ، ولكن الظاهر أنه يكفي العلم به في الجملة . أما بوصفه أو بمشاهدته ، ولا يحتاج الى الكيل والوزن ومعرفة أجزاء الكرباس والقماش والثياب ، وذوق المذوقات وغير ذلك مما يعتبر في البيع ونحوه ، للأصل وعدم دليل واضح على ذلك ، وعموم أدلة الصلح المتقدم ، ولأن الصلح شرع للسهولة والارفاق بالناس ليسهل إبراؤ نعمتهم ، فلا يناسبه الضيق ولأنه مبني على المسامحة والمساهلة ، وإليه أشار بقوله ويكفي المشاهدة في الموزون وإن خالف فيه البعض .

قال في الدروس : والأصح أنه يشترط العلم في الموضعين إذا أمكن ، وقال في موضع آخر : ولو تعذر العلم بما صولح عليه جاز ، الى قوله : ولو كان تعذر العلم لعدم المكيال والميزان في الحال ومساكن الحاجة الى الانتقال ، فالأقرب الجواز وهو مختار شارح الشرايع أيضاً ، ولا نعرف له دليلاً ، وما تقدم ينفيه ، ويؤيده التجويز عند التعذر ، فإن ذلك لا يجوز في البيع عندهم ، فتأمل ، انتهى . ثم أمر بالاحتياط وهو كما ترى أظهر ظاهر فيما ادعيناه مؤيد لما قدعناه .

وبالجملة فالظاهر هو الصحة في الصورة المذكورة لما عرفت ، والاحتياط لا يخفى ، والله العالم .

المسئلة الرابعة - لا يخفى أن أركان الصلح أربعة ، المتصالحان ، والمصالح عليه ، وهو مال الصلح ، والمصالح عنه ، وهو المتنازع فيه لو كان ثمة نزاع . أما المتصالحان فانه لا خلاف كما نقله في التذكرة في أنه يشترط فيهما

الكمال ، بأن يكون كل واحد منهما بالغاً عاقلاً جائز التصرف فيما وقع الصلح عليه .
وأما المصالح عليه فانه يشترط فيه صحة التملك ، فلو كان خمرأً أو خنزيراً
أو استرقاق حر أو اباحة بضع محرم قبل ذلك لم يصح ، لما تقدم في الحديث النبوي وكما
لا يقع هذا الاشياء ما لا للصلح لا يقع مصالحاً عنه ، والجميع محرم بما تقدم من النص النبوي .
ومن شرائطه العلم بما يقع الصلح عنه عند بعض كالشهيدين في الدروس
والمسالك ، وقد تقدم الكلام فيه .

ومن شروطه رضا المتصالحين ، فلا يقع مع الاكرام اجماعاً ، كغيره من العقود
ولقوله عز وجل (١) « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن
تراض منكم » فما لم يكن عن التراضي فانه كل مال بالباطل ، ومن صور الاكرام
ما لو كان له على غيره حق مالي فأكره المديون ، فصالحه المالك على بعضه ،
توصلاً الى أخذ بعض حقه ، فانه وان صح الصلح ظاهراً الا أنه لا يصح واقعاً ، ولا
تحصل به براءة ذمة المديون من الحق الباقي في ذمته ، سواء عرف المالك قدر
الحق أم لا ، وسواء ابتداء المالك بطلب الصلح أم لا ، وقد تقدم تحقيق ذلك في الصور
المتقدمة في سابق هذه المسئلة .

ومتى استكملت شروطه صار لازماً من الطرفين عملاً بعموم أدلة الوفاء بالعقود
المقتضى لذلك الا ما خرج بدليل من خارج ، ويجب على قول الشيخ الجواز في
بعض موارد ، كما اذا كان فرع العارية التي هي جائزة ، والهبة على بعض الوجوه
وقد عرفت ضعفه ، نعم لو اتفقا على فسخه بمعنى الاقالة من ذلك العقد كما في البيع
وأوقعا صيغة التقايل انفسخ .

المسئلة الخامسة - اذا وقع الصلح بين شريكين على أن يكون الربح والخسران
على أحدهما ، وللآخر رأس ماله صح ، والاصل في هذا الحكم مارواه في الكافي
في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « في رجلين
اشتركا في مال فربحا فيه ، وكان من المال دين وعليهما دين ، فقال أحدهما لصاحبه :

(١) سورة النساء الآية ٢٩ (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٨ ح ١ - التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٧

- الفقيه ج ٣ ص ١٦٦ ح ٧ - الوصائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ .

أعطني رأس المال ولك الربح عليك التوى ، فقال : لأبأس اذا اشتراطاً ، فاذا كان شرط يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل ، ورواه في الفقيه والتهذيب ، الا أنه قال : « وكان من المال دين وعين » ، ولم يقل وعليهما دين ورواه في التهذيب بسند آخر عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله ، الا أنه قال : « وكان المال ديناً » ولم يذكر العين ولا عليهما دين ، ورواه في التهذيب أيضاً بسند آخر عن داود الأيزاري (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله ، الا أنه قال : « وكان المال عيناً وديناً » ، قال في المسالك بعد قول المصنف (قدس الله روحهما) نحو ما قدمنا من العبارة المذكورة ما هذا لفظه : هذا اذا كان عند انتهاء الشركة وإرادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء ، أما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعاً والمستند صحيحة أبي الصباح ، ثم ساق الرواية المذكورة الى أن قال : وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء ، لا كما أطلقه المصنف . انتهى .

أقول : وقد تقدم في ذلك المحقق الشيخ على في شرح القواعد ، فانه قيد إطلاق عبارة المصنف فقال بعد ذكرها هذا اذا انتهت الشركة وأريد فسخها ، وللمناقشة في ذلك مجال ، فانه لا يخفى أنه وان كان هذا الشرط مما ينافي الشركة الا أن هذا شأن أكثر الشرط ، فان مقتضى عقد البيع اللزوم من الطرفين ، فلا يجوز لأحدهما فسخه بغير سبب موجب ، مع أنه يصح لأحدهما اشتراط خيار الفسخ بخلاف ، ولا ريب أنه مناف لمقتضى العقد الذي هو اللزوم من الطرفين (٣) ودعوى أن في

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ .

(٣) قال في الدروس : لو اطلق الشريكان عند إرادة الفسخ جاز أن يأخذ أحدهما رأس ماله ، والاخر الباقي ربح أو توى للرواية الصحيحة ولوجعل ذلك في ابتداء الشركة ، فالاقرب المنع ، لمنافاته موضوعها والرواية لم تدل عليه . انتهى ، أقول فيه ما عرفت في الأصل من ثبوته بالأخبار الدالة على وجوب الوفاء بها وان نافي موضوع الشركة فانه بمنزلة الاستثناء فيه كما عرفت من مثال خيار الفسخ في البيع المنافي لمقتضى البيع وهو اللزوم من الطرفين وقد تقدم في كتاب البيع ما يشير الى ما ذكرناه أيضاً . منه رحمه الله .

الرواية اشعار بما شرطه من ان ذلك القول عند انتهاء الشرقة ، واردة فسخها - ممنوع فان غاية ما قدل عليه كون هذا الشرط وقع بعد الشرقة والعمل بالمال المشترك ، حتى صار بعضه أو كله ديناً ، وهذا لا يلزم منه ارادة الفسخ ، وأنه آخر الشرقة ، بل يمكن أن يكون هذا الكلام وقع في الائتاء بأنهم لما اشترى كوا على العمل بذلك المال بمقتضى الشرقة من كون الزيادة للجميع ، والنقص على الجميع ، اشترط بعضهم هذا الشرط في الائتاء واستمر وأعلى الشرقة بهذا الشرط ، ولعل في قوله (عليه السلام) «لا بأس اذا اشترط ما يشير اليه ، بمعنى أنه لا بأس بالشرقة على هذا الوجه ، فيستمران على العمل بالشرقة على هذا الوجه الذي اشترط ، والافلو كان المراد انما هو ما ذكره من أن هذا القول عند انتهاء الشرقة واردة فسخها ، فانه لا وجه للتعبير بالشرط ، بل كان ينبغي أن يقول لا بأس اذا تراضيا بذلك ، فان لفظ الشرط انما يناسب استمرار العقد ، بأن يكون العقد باقياً بهذا الشرط ، لا انقطاعه وتمامه كما لا يخفى . و بذلك يظهر صحة اطلاق من أطلق في العبارات المذكورة والله العالم .

المسئلة السادسة - قد ذكر الاصحاب (رضوان الله عليهم) في هذا الكتاب أحكاماً لأعرف لذكرها فيه وجهاً ، لعدم صدق العنوان فيها ، وانما ذكرتها بعبارة لهم في المقام .

منها أنه لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما ، وادعى الآخر أحدهما كان لمدعيهما معاً درهم ونصف ، وللآخر نصف درهم ،

ويدل على ذلك ما رواه الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن عبد الله بن المغيرة (١) عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لي ، وقال الآخر : هما بيني وبينك فقال : اما الذي قال : هما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما . وما رواه الشيخ في التهذيب بسنده عن محمد بن أبي حمزة (٢) عن ذكره

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٢ ح ٨ - التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١٢

(٢) المصداق ج ٢٩٢ ح ١٦ وهما في الوسائل ج ١٣ ص ١٦٩ : الباب ٩

عن أبي عبدالله (عليه السلام) مثله بأدنى تفاوت ، والمراد بكون الدرهمين معهما كما تضمنه الخبران هو كونهما تحت يديهما معا ، ليتساويا في الدعوى ، فلو كانا في يد مدعى الدرهمين لقدّم قوله فيهما يمينه ، ولو كانا في يد مدعى الدرهم لقدّم قوله فيه يمينه وأما اذا كانا في يديهما معاً فالحكم ما ذكره (عليه السلام) .

والوجه في أحد الدرهمين واضح ، لان مدعى الدرهم قد اعترف لصاحبه بأنه لا يستحق من الدرهم الثاني شيئاً ، وانما يبقى النزاع بينهما في درهم واحد كل منهما يدعيه ، وقد حكم عليه السلام بالقسمة بينهما أيضاً ، وحينئذ فلمدعى الدرهمين درهم ونصف ، أما الدرهم فلا اعتراف صاحبه له به ، وأما النصف من الدرهم الثاني فمن حيث حكمه (عليه السلام) في الدعوى على هذه الكيفية بالقسمة انصافاً .

ويستفاد منه كون الحكم كذلك في كل عين ادعاها اثنان مع اثبات يديهما عليهما ولا يئنة ، أو يكون لكل منهما يئنة ، إلا أنه لا رجحان لاحدهما على الأخرى وظاهر الرواية المذكورة وكذا كلام جملة ممن ذكر المسئلة هو أن الدرهم يقسم بينهما انصافاً من غير يمين .

والمفهوم من كلام جملة من المتأخرين أنه لا بد من أن يحلف أولاً كل منهما للآخر على استحقاق النصف ، ومن نكل من أحدهما قضى به للآخر ، ولو نكلا معاً أو حلفا قسم بينهما نصفين ، بل صرح بذلك في التذكرة فقال : لو كان في يد شخصين درهمان فادعا هما أحدهما وادعى الآخر واحداً منهما اعطى مدعيهما معاً درهماً وكان الآخر (١) بينهما نصفين ، لان مدعى أحدهما غير منازع في الدرهم الآخر فيحكم به لمدعيهما ، وقد تساوى في دعوى أحدهما بدأ ودعوى فيحكم به لهما .

هذا اذا لم يوجد يئنة ، والأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادم دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قضى به للآخر ، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفين لما رواه عبدالله بن المقيرة ، ثم ساق الرواية كما قدمناه . انتهى .

(١) أى الدرهم الآخر الذى هو محل الدعوى . منه رحمه الله .

و ظاهره حمل اطلاق الخبر على هذا التفصيل الذي ذكره حيث أنه مقتضى القواعد عندهم ، وقال في الدروس بعد فرض المسئلة وان في الرواية المشهورة الثاني نصف درهم ، والباقي للاول ما لفظه ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فانه يقوى القسمة تصفين ، ويحلف الثاني للاول وكذا كل مشاع . انتهى .

قال بعض الافاضل (١) : وكان نظره (٢) على أن النصف في الحقيقة بيد الاول والنصف بيد الثاني ، فمدعى التمام خارج بالنسبة الى الثاني ، فيكون البيئة على الاول واليمين على الثاني ، لكن المعدول عن الرواية المعتبرة مشكل ، وسيأتي انشاء الله تعالى في لاحق هذه المسئلة ما فيه مزيد ايضاح للمقام .

ومنها لو أودعه انسان دينارين وآخر ديناراً وامتزج الجميع ثم تلفأ أحد الدنانير الثلاثة ، فان الحكم هنا كما في سابق هذه المسئلة ، لما رواه في الفقيه والتهذيب عن السكوني (٣) عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) « في رجل استودع رجلاً دينارين واستودعه آخر ديناراً ففزع ديناراً منها فقضى أن لصاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقي بينهما تصفين » .

وجملة من المتأخرين قيدوا الحكم المذكور بما اذا كان امتزاج الدنانير وكذا ضياع أحدهما بغير اختيار ولا قريط من الامين ، والا لكان ضامناً ، فيخرج

(١) هو القاضل الخراساني في الكفاية . منه رحمه الله .

(٢) قوله وكان نظره الى آخره ، أقول : توضيحه هو أنه من حيث كون الدرهمين في يديهما ما كان الامر يرجع في الحقيقة الى أن درهماً في يد الاول وهو مدعى الدرهمين ، ودرهماً في يد الثاني وهو مدعى الدرهم ، وحيث قلعي الدرهمين خارج لكون ما يلحقه من الدرهمين ، ليس في يده ، وانما في يده واحد خاصة فيكون عليه البيئة من حيث كونه خارجاً ، واليمين على الثاني من حيث كونه منكراً لدعوى الدرهمين فيقدم قوله بيمينه ، فاذا حلف على قى استحقاقه الدرهمين بقي الاخر بينهما انصافاً أيضاً ، قال : وهكذا في كل مشاع كما ذكر الشهيد ، ومنها لو كان في يديهما ثوب ادعاه أحدهما كملاً وادعى الاخر نصفه ، فانه يقدم قول الاخر بيمينه ويقسم الثوب بينهما انصافاً ، والوجه في قسمة الدرهم الباقي انصافاً بعد التمثيل أنه قد سقط دعوى صاحب الدرهمين باليمين ، والاخر انما يلحقه درهماً خاصة ، وهو يتضمن الاقرار لصاحبه بدرهم ، فيبقى الدرهم الاخر بينهما منه رحمه الله .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٣ ح ١٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨١ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٧١ ح ١ .

عن محل المسئلة، لأنها بعد تضمينه يقتسمان بغير كسر وهو حسن، قال في التذكرة فان كان بغير تفريط في الحفظ ولا في المزج بأن أذن له في المزج أو حصل المزج بغير فعله ولا اختياره، فلا ضمان عليه، لاصالة البراءة، ولو فرط ضمن التالف. وقال في الدروس بعد ذكر هذه المسئلة على أثر ساجقتها: وهنا الاشاعة ممتنعة، ولو كان ذلك في اجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً، ولم يذكر الاصحاب في هاتين المسئلتين يميناً، وذكرهما في باب الصلح فجاز أن يكون ذلك الصلح قهرياً، وجاز أن يكون اختياراً. فان امتنعا فاليمين. انتهى.

أقول: أما قوله « ولم يذكر الاصحاب في هاتين المسئلتين يميناً » فان فيه أن ما قدمنا نقله عن التذكرة، في المسئلة السابقة صريح في اختياره اليمين ثمة، والظاهر أنه غفل عن الوقوف عليه في الكتاب المذكور، وهو ظاهر جملة ممن تأخر عنه منهم الشهيد الثاني وغيره.

نعم لم أقف على من ذكر اليمين هنا وبذلك اعترف في المسالك أيضاً. وأما ما ذكره من أن الاصحاب ذكرهما في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهرياً، ففيه ما قدمنا ذكره في صدر المسئلة من أن ايرادهما في هذا الباب لاوجه له بالكلية، لعدم انطباق العنوان عليهما، وعدم جريان الشروط فيهما، بل ظاهر الروايات المذكورة هو كونه صلحاً قهرياً كما احتمله وأنه ليس من باب الصلح الاختياري الذي هو موضوع هذا الباب.

وأما قوله « ولو كان ذلك في اجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً » فتوضيحه أنه لو كان بدل الدنانير المفروضة في هذه المسئلة ما يمتزج اجزؤه مع تساوي الاجزاء بحيث لا يتميز كالخنطة أو الشعير أو الارز أو نحوها، فأودعه أحد قفيزين من خنطة مثلاً واستودعه الآخر قفيزاً منها أيضاً، فامتزج الجميع وتلف قفيز منها بعد الامتزاج فانهم قالوا أنه يقسم المال التالف على نسبة المالكين، وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلاث قفيز، ولصاحب القفيز ثلثا قفيز، والفرق ظاهر، لان الذهاب هنا عليهما معاً من حيث الامتزاج، وتساوي الاجزاء بخلاف الدنانير، فان الذهاب مختص بأحدهما، أما صاحب الدينارين، او صاحب الدينار.

بقي الاشكال هنا من وجه آخر ، كما نبّه عليه شيخنا الشهيد الثاني ، قال في المسالك بعد ذكر المسئلة : هذا هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده رواية السكوني عن الصادق (عليه السلام) ويشكل الحكم - مع ضعف المستند - بأن التالف لا يحتمل كونه بينهما بل هو من أحدهما خاصة ، لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية القول هنا بالقرعة ، ومال اليه في الدروس الأنا أنه تحاشي عن مخالفة الاصحاب ، ومقتضى الرواية أنه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما في الدينار ، وأنه لا يمين ، وكذا لم يذكر الاصحاب هنا يميناً ، بناءً على كون الحكم المذكور قهرياً كما ذكره في المسئلة السابقة ، وربما امتنعت اليمين هنا ، اذا لم يعلم كل منهما بعين حقه . انتهى . وهو جيد .

وبالجملة فالظاهر من روايات المسئلتين المذكورتين أن الحكم المذكور فيهما قهري غير مشروط بشيء من القيود التي ذكرها من يمين وغيرها والله العالم . ومعناها أنه لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين درهماً ثم اشتبها فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه وان تعاسرا بيع الثوبان وقسم الثمن بينهما ، وأعطى صاحب العشرين سهمين من الثمن ، وصاحب الثلاثين ثلاثة أسهم . والمستند في ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة (نور الله تعالى مراقدهم) عن اسحاق بن عمار (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) ، « في الرجل يبضع الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب ، فبعث بالثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن ، والآخر خمسي الثمن قال : فقلت : فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين : اختر أيهما شئت ، قال : قد أنصفه » .

وقد اختلف الاصحاب (رضوان الله عليهم) في هذا المقام فذهب الشيخ وجماعة منهم المحقق وغيره الى الوقوف على مادلت عليه الرواية ، وذهب ابن ادريس الى العمل بالقرعة ، قال بعد ذكر المسئلة : ان استعملت القرعة كان أولى للاجماع على أن كل أمر ملتبس فيه القرعة ، وهذا من ذاك ، واليه يميل كلام شيخنا الشهيد

(١) القتيب ج ٣ ص ٢٣ ح ١١ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٨ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٧٠ ح ١ .

الثاني في المسالك .

ورده العلامة في المختلف فقال بعد نقل ذلك عنه : وليس بجيد ، اذا اشكال مع ورود النقل ايضاً ، وهذا المجموع بضاعة لشخصين لكل واحد منهما قدر معين ، فيباع ويبسط الثمن على نسبة المالكين كغيرهما من الاموال ، وكما لو اشتراهما بالشركة مع الاذن ، فان الشركة قد تحصل ابتداء ، وقد تحصل بالمزج الموجب للاشتباه كما هي هنا ، واذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر رأس المال الذي له كما لو امتزج الطعامان .

ونقل في المسالك عن العلامة هنا القول بالتفصيل (١) فقال : ان أمكن بيعهما منفردين وجب ، ثم ان تساويا فلكل واحد منهما ثمن ثوب ولا اشكال ، وان اختلفا فالأكثر لصاحبه ، وكذا الأقل بناء على الغالب وان أمكن خلافه ، الا أنه نادر لأثر له شرعا وان لم يمكن صادرا كالمال المشترك شركة اختيارية ، كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال ، وعليه تنزل الرواية .

واعترضه في المسالك بأن ما ذكره من البناء على الغالب ليس أولى من القرعة ، لانها دليل شرعي على هذه الموارد ، ومن الجائز اختلاف الأثمان ، والقيم بالزيادة والنقصان لاختلاف الناس في المساهلة والمماكسة .

أقول : فيه ما قدمنا نقله عن العلامة في رده لكلام ابن اديس من أن موضوع القرعة كل أمر مشكل ، والحال أنه لا اشكال بعد ورود النص بالحكم المذكور ، وبه يظهر ضعف قوله « لانها دليل شرعي على هذه الموارد » ، وأن البناء على الغالب في موارد الاحكام الشرعية ، من القواعد الكلية المتفق عليها في كلامهم ، والمتداولة على رؤس أقلامهم .

(١) أقول : ما نقله عنه من التفصيل قد جعله في المختلف أحد الاحتمالين حيث أنه بعد الرد على ابن اديس مما نقلناه في الاصول قال : اذ نقول ان كان الثوبان متساويين فلكل واحد منهما ثوب ، اذ قد اشترى بمال كل منهما ثوباً باقراده ، وان تفاوتاً أعطى صاحب الثلاثين الموجود منهما اذا لظاهر ذلك وان جاز خلافه فهو نادر للاعتبار في نظر الشرع له ، فالقرعة لا وجه لها البتة كما توهمه ابن اديس . انتهى وهو تقرير لما نقله عنه في المسالك بنوع آخر وان رجع في المعنى الى ما نقله . منه رحمه الله .

ثم انه قال في المسالك : وعلى تقدير العمل بالرواية يقصر حكمها على موردها ، ولا يتعدى الى الثياب المتعددة ، ولا الى غيرهما من الامتعة والاثمان ، مع احتماله لتساوى الطريق .

واستقرب في الدروس القرعة في غير مورد النص . وهو حسن ، ولو قيل به فيه كما اختاره ابن ادریس كان حسناً أيضاً انتهى .

أقول : ذهب ابن ادریس الى القرعة هنا - بناء على أصله الغير الاصيل من رد الاخبار بأنها أخبار آحاد لا يفيد علماً ولا عملاً جيداً ، أما على مذهبه (قدس سره) فهو غير جيد ، ولهذا أنه قال أولاً في صدر كلامه بعد نقل قول الشيخ وقول العلامة بالتفصيل ، ما صورته : و أنكر ابن ادریس ذلك كله ، و حكم بالقرعة ، لأنها لكل أمر ملتبس ، وهو هنا حاصل ، وهو أوجه من الجميع ، لولا مخالفة المشهور ، و ظاهر النص مع أنه قضية في واقعة يمكن قصره عليها ، والر جوع الى الاصول الشرعية انتهى .

وهو ظاهر في التوقف من حيث النص ، ولكنه هنا عدل عن ذلك ، وهو غير جيد لما عرفت ، وبالجمله فالأظهر الوقوف على النص المذكور في مورده ، والقول بالقرعة فيما خرج عن مورد الخبر كما اختاره في الدروس واستحسنه في المسالك وكيف كان فان الصلح هنا بمقتضى العمل بالخبر قهري ، كما في سابقه . والله العالم .

المسئلة السابعة - لو صالحه على عين بعين أو على منفعة بمنفعة أو على عين بمنفعة أو بالعكس صح ، والوجه فيه أن الصلح لما كان مقادماً لمقادير من العقود المتقدمة ، وتلك العقود المشار اليها متعلق بعضها العين ومتعلق بعضها بالمنفعة لم يمتنع صحة الصلح كذلك ، بل لا يختص جوازه بما ذكر ، فلو صولح على اسقاط خيار ، أو على اسقاط حق أولوية تحجير في سوق أو مسجد ، صح أيضاً بعين أو منفعة لعين ما ذكر .

وكيف كان فلو بان أن أحد العوضين كان مستحقاً بطل الصلح ، اذا كان ذلك العوض معينا في العقد ولو كان مطلقاً رجع ببطله ، قالوا : ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ وفي تقييده بينه وبين الارش وجه .

قال في المسالك : ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان :
أجودهما ذلك دفعاً للاضرار وان لم يحكم بالفرعية وهو خيرة الدروس ، وقد تقدم
في خيار الغبن من البيع انه لا نص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد
هناك من الأدلة العامة انتهى .

المسألة الثامنة - لو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم فعلى المشهور من
أن الصلح عقد مستقل بنفسه يصح . وعلى قول الشيخ بالفرعية تصير الصلحة مراعاة
لحصول شروط الصرف والربا .

قال في المبسوط : اذا ادعى دراهم أو دنائير في ذمته ، فاعترف بها ثم صالحه
بدراهم ودنانير صح الصلح ، وهو فرع الصرف ، فما صح فيه صح في الصلح ، وما بطل في
الصرف بطل فيه ، ولا يجوز حتى يتقابضا ، فان كان المقربه دراهم ، فصالحه على
دنانير معينة أو موصوفة فعينها وقبضها قبل التفرق جاز ، ولو قبض البعض وفارقه بطل
الصرف فيما لم يقبض ، ولو ادعى عليه دراهم فاقربها ثم صالحه منها على بعضها لم يجز ،
لا نهرباً ، ولكن ان قبض بعضها وأبرئه من الباقي صح ، وكان هذا الصلح فرع البراء انتهى .
وعلى المشهور لا يتعلق به حكم الصرف من وجوب التقابض قبل التفرق ،
وأما حكم الربا فانه يبنى على الخلاف المتقدم في باب الربا من انه هل يثبت في
كل معاوضة ؟ أم يختص بالبيع ؟ وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في بابه ، فعلى
الاول ينبغي مراعاته هنا أيضاً دون الثاني .

و ممن جزم بالاول هنا بناء على ذلك الشهيد الثاني في المسالك ، و ممن
جزم بالثاني العلامة في المختلف ، و مما يتفرع على الخلاف المذكور هنا
أيضاً مالو أئلف على رجل ثوباً قيمته درهم مثلاً فصالحه عنه على درهمين ، فانه
ان قلنا ان الواجب ضمان القيمي بمثله كما هو أحد القولين ليكون الثابت في
الذمة ثوباً صح الصلح المذكور ، لان الصلح وقع عن الثوب ، لاعت الدراهم
الذى هو قيمته ، وان قلنا أن القيمي يضمن بقيمته ، فاللازم لذمة المتلف انما
هو الدراهم ، فعلى هذا اذا صالحه بدراهمين ففرع صحة الصلح هنا على الخلاف
المتقدم للزوم الربا ، فيصح الصلح عند من قال بتخصيص التحريم بالبيع ، ويبطل

عند من قال بالعموم في جميع المعاوضات ، ولهذا اختار في المسالك هنا البطلان ، بناء على ما اختاره أيضاً من وجوب ضمان القيمي بقيمته .

المسئلة التاسعة - لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث من دار أو ثوب أو نحوهما بأنها لهما بالمناصفة ، وصرحاً معاً بالسبب الموجب للملك من أتهما ورتاهما معاً أو وكلاهما من شراهما معاً بالمناصفة ، أو نحو ذلك فصدق المدعى عليه أحدهما فيما يدعيه من أن النصف له ، وكذب الآخر ، ثم انه صالح المدعى عليه ذلك الذي صدقه على النصف الذي أقر له به بموض ، وحينئذ فان كان هذا الصلح باذن شريكه سابقاً على الصلح ، أو لاحقاً بناء على صحة الفضولي صح الصلح على تمام النصف الذي وقع العقد عليه ، ويكون العوض بينهما نصفين ، كما أن الأصل كان كذلك ، وان لم يكن الصلح باذن شريكه صح الصلح في حقه المقر له . وهو الربع الذي هو نصف ما وقع عليه الصلح ، وبطل في ربع شريكه ، ويكون شريكاً مع المدعى عليه بذلك الربع ، والوجه في ذلك انه لما اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة بالمناصفة كما فرضناه سابقاً ، فإقرار المدعى عليه لأحدهما يقتضي اشتراكهما فيما أقربه ، وان لم يصدق هما على السبب الموجب للاشتراك ، لان مقتضى السبب المذكور كال ميراث ونحوه هو التشريك ، ويمتنع استحقاق المقر له بالنصف خاصة دون شريكه ، كما أن الفأث يكون ذاهباً عليهما بمقتضى إقرارهما بسبب الشركة ، ومن أجل ذلك تفرع عليه ما قدمناه من التفصيل بصحة الصلح على النصف مع اذن الشريك ، والاشتراك في العوض وعدم الصحة الا في الربع مع عدم الاذن ، وكون الشريك حينئذ شريكاً للمدعى عليه بالربع .

هذا كله فيما اذا صرحا بالسبب الموجب للملك بالاشاعة والمناصفة ، أما لو لم يصرحاً بما يقتضى الشركة سواء صرحا بما ينفيه أم لا كما لو ادعى أحدهما ملك نصف المدعى فيه بالميراث ، وادعى الآخر ملكه بالشراء ، فانهما لا يشتركان فيما أقربه المدعى عليه ، فان ملك أحدهما لا يستلزم ملك الآخر ، فلا يقتضى

الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشارك الآخر اياه . (١)

قال في المسالك بعد ذكر الحكمين المذكورين : هذا تقرير مذكور المنصف وجماعة في القسمين ، وفيه بحث ، لان هذا لا يتم الاعلى القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة ، كالاقرار ، وهم لا يقولون به بل يحملون اطلاقه على ملك البايع والمصالح ، حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا انصرف الى نصيبه ، ووجهه بأن اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته الى النصفين ، لأنه من خارج قد ترجع انصرافه الى النصف المملوك للبايع ، نظرا الى ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف في الاستعمال ، وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين ، ولا يجري ، ذلك الا في المملوك بخلاف الاقرار ، فانه اخبار عن ملك الغير بشئ ، فيستوى فيه ما هو ملكه ملك غيره ، وحينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح الى نصيب المقر خاصة ، فيصح في جميع الحصص بجميع العوض ، وتبقى المنازعة بين الآخر والمتثبت .

هذا ان وقع الصلح على النصف مطلقا وعلى النصف الذي هو ملك المقر له . أما لو وقع على النصف الذي أقربه المتثبت توجه قول الجماعة لان الاقرار ينزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به ، فيكون تابعا له فيها ، وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم ، لئلا ينافي ما ذكره من القاعدة التي ذكرناها .

وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه ، وانما ذكر الشهيد (رحمة الله عليه) في بعض تحقیقاته احتمال انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الآخر مطلقا ، وبمعنى عليه الشيخ على (رحمة الله عليه) انتهى .

أقول : وينبغي أولا إيضاح ما ذكره ، ثم بيان ما فيه فنقول : قوله ان هذا لا يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة ، الى آخره بمعنى أنه لو باع

(١) قيل : ومثله ما لو ادعى كل منهما أنه اشترى النصف من غير قيد بالمقيد نعم لو قال

اشتريناها معا أو اتبيناها وقبضنا معا ونحو ذلك ، فقد حرر في التذكرة أن الحكم فيه كالاول لاحتراف المقر بأن السبب المقتضى لملكه قد افترق بملك الآخر ، ويحمل العلم ، لان نقل الملك لاثنتين بهذا الوجه بمنزلة الصفقتين . منه رحمه الله .

شخص حصته من مال مشترك بينه وبين غيره كالنصف مثلاً فإنه بمقتضى تقريرهم لم ينصرف إلى ماله ، بل إلى النصف المعلوم المشاع مطلقاً بينه وبين شريكه ، فيكون المبيع ربع البايع وربع الشريك ، وهم لا يقولون به في البيع ، ولا في الصلح ، بل يخصونه بنصف البايع والمصالح ، وإنما ينزل على الإشاعة الإقرار ، فلو أقر بالنصف للغير يكون إقراراً بربعه وربع الشريك ، ووجه الفرق بين الأمرين أن البايع إنما يبيع مال نفسه ، ولا يصح بيع مال غيره إلا فصولاً على القول به ، أو وكالة ، وهما منتفیان هنا ، فينصرف إلى ماله كما هو المتبادر والمتعارف ، بخلاف الإقرار فإنه كالشهادة بأنه للغير ، وهو قد يكون في ماله ، وقد يكون في مال غيره ، فهنا ينبغي أن يكون ما يصلح عليه هو نصف المقر به ، وهو الربع بالنسبة إلى المجموع ، فيكون العوض كله له ، لا أنه يكون انصافاً كما ذكره ، والنزاع يبقى للشريك الآخر مع المدعى عليه .

هذا إذا كان الصلح على النصف مطلقاً ، أو على النصف الذي هو ملك المقر له ، وأما إذا صالح المقر له على النصف الذي أقر له به كان الصلح هنا منزلاً على الإشاعة ، لأنه تابع للإقرار المنزل على ذلك كما عرفت ، فيكون قول الجماعة متجهاً على هذا الوجه ، وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم ، هذا حاصل ما ذكره (قدس سره) .

وفيه أولاً أن الظاهر أن قول الجماعة - بأن إطلاق البيع والصلح إنما ينصرف إلى ملك البايع والمصالح دون الشايع - إنما هو في المال المشترك الخالي عن النزاع ، والقاعدة المذكورة إنما هي بالنسبة إلى ذلك ، وما نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع وعدم ثبوت نصف خالص للمصالح ، بل الثابت له بحسب الشرع إنما هو الربع كما عرفت ، لأن الفرض أن ما اعترف به المدعى عليه ، مشترك بينه وبين شريكه بحسب نفس الأمر ، وظاهر الشرع من حيث إقرارهما بموجب الشراكة ، ولا نزاع في أن ما أقر به المدعى عليه مشترك بينه وبين شريكه ، فهو إنما صالح على ربعه وربع شريكه ، إذ ليس نصف المصالح عليه إلا ذلك ، وبه يظهر أن ما نحن فيه ليس من جزئيات القاعدة المذكورة ، ولا من أفرادها لتحصيل المناقاة

كما زعمه (قدس سره) .

وثانياً - أنه مع الاعراض عن ذلك - فان الظاهر من المقام والمتبادر من سياق الكلام كما صرح به من ذكر المسئلة من علمائنا الاعلام (١) أن الصلح انما وقع على النصف الذي أقر له به المدعى عليه ، ولم يقصد المدعى عليه ، والذي أقر له الا ذلك ، لأن الصلح وقع على نصفه الذي له في نفس الامر والخروج عن قاعدة البيع والصلح انما يحصل على الثاني ، دون الاول وبما ذكرناه يظهر أيضاً أن الاحتمال الذي ذكره الشهيد (رحمه الله عليه) وتبعه عليه الشيخ على (رحمه الله تعالى عليه) ليس بجيد ، والله العالم .

المسئلة العاشرة - قالوا : لو ادعى عليه شيئاً فأبكر فصالحه المدعى عليه على سقي زرعه أو شجره بمائه ، قيل : لا يجوز ، لان العوض وهو الماء مجهول ، وهذا القول منقول عن الشيخ (رحمه الله عليه) والمشهور الجواز مع ضبط السقي بمدة معلومة ، ومثله ما لو كان الماء معوضاً .

وبالجملة فانه يجوز السقي بالماء عوضاً للصلح ، بأن يكون مورده أمراً آخر من عين أو منفعة ، وكذا يجوز كونه مورداً له ، وعوضه أمر آخر من عين أو منفعة ، كل ذلك مع ضبطه بمدة معلومة .

والشيخ قد خالف في الجميع ، محتجاً بجهالة الماء ، مع أنه جوز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه ، وجوز جعله عوضاً للصلح ، كذا قالوا .

(١) ومن ذلك عبارة المحقق في الشرايع حيث قال : ولو ادعى اثنان داراً في يد ثالث بسبب موجب للشركة كالميراث فصلق المدعى عليه أحدهما ، وصالحه على ذلك النصف بعوض ، فان كان باذن صاحبه صح الصلح في النصف أجمع ، وكان العوض بينهما وان كان بغير اذنه صح في حقه ، وهو الربع . انتهى ، ولا يخفى أن قوله فصالحه على ذلك النصف مراد به النصف الذي أقر له به الذي صار بالاقراء مشتركاً بينهما وبين صاحبه ، فالإشارة راجعة اليه كما هو ظاهر ، والشارح قد جرى في تقرير معنى العبارة على ذلك أيضاً ، فقال في أثناء الكلام : فاذا صالح المقر له المثبت على النصف المقر له فان كان الصلح باذن صاحبه الى آخره وهو ظاهر في أن الصلح انما وقع على ذلك النصف المقربه ، وعلى هذا النهج كلام غيرهما من الاصحاب (رضوان الله عليهم) . منه رحمه الله .

أقول : ويمكن أن يكون منعه من الصلح على السقي المذكور من حيث عدم الضبط بالمدة ، فانهم انما جواز ذلك مع الضبط بها ، ويدل عليه اطلاق كلامه ، فانه لا دلالة فيه على المنع مع الضبط ، بالمدة ليتجه نسبة الخلاف اليه في المقام .

وبالجملة فانه يمكن تخصيصه المنع هنا بغير المضبوط ، فيكون موافقاً لما ذكره ، والاعتراض عليه - بأنه صرح بجواز بيع ماء العين والبئر وجزء مشاع منه وجوز جعله عوضاً للصلح - يمكن دفعه بأن الماء في صورة محل البحث مجهول لا يدخل في أحد الاقسام المذكورة ، لانه لم يستحق بالصلح جميع الماء ، ولا بعضاً منه معيناً ، وانما استحق سقياً لا يعرف قدره ، ولا مدة انتهائه ، ومن ثم شرطوا في الجواز ضبط المدة ، وهو لم يصرح بالمنع مع الضبط كما عرفت .

بقى الكلام فيما لو تعلق الصلح بسقي شيء مضبوط دائماً أو بالسقي بالماء أجمع دائماً وان جهل السقي ، ونفى البعد عن الصحة شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والروضة ، للتسامح بذلك في باب الصلح ، وهو غير بعيد لما قدمناه وذكره غير واحد من الاصحاب من أن مبنى الصلح على المساهلة والمسامحة .

قالوا : وكذا يصح الصلح على اجراء الماء على سطحه أو مباحته بعد العلم بالموضع الذي يجري فيه الماء ، بأن يعرف مجراه طولاً وعرضاً ، ليرفع الجهالة عن محل المصالح عليه ، ولا يعتبر تعيين العمق ، لان من ملك شيئاً ملك قراره الى قنوم الارض ، ولا فرق في ذلك بين جعله عوضاً بعد المنازعة وبين ايقاعه ابتداءً ، وقد أطلق جملة منهم حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته ليرفع الغرر ، وقيد آخرون بمشاهدته أو وصفه خروجاً من الغرر ، لاختلاف الحال بقلته وكثرته ، فقد يتعلق الغرض بأحدهما دون الآخر ، ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية الى اصلاح فعلى مالكهما ، لتوقف الحق عليه ، وليس على المصالح مساعدته .

المسئلة الحادية عشر - الظاهر أنه لا خلاف في أنه لو قال المدعى عليه : صالحني عليه فان ذلك لا يكون اقراراً بالملك ، لان الصلح يصح مع الانكار ،

فطلبه هنا لا يستلزم الاقرار ، اذ قد يكون ذلك لاجل رفع المنازعة والمخاصمة وخالف فيه بعض العامة حيث زعم أن الصلح لا يصح الامع الاقرار : وفرع على ذلك ان المدعى عليه لو قال قبل الاقرار صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقراراً ، لانه طلب منه التمليك ، وهو يتضمن الاعتراف بالملك ، فصار كما لو قال : ملكني وفيه أنه متجه بناءً على أصله المذكور من حيث تخصيص الصلح بالاقرار وأما على ما هو المتفق عليه عندنا وعند جملة منهم من صحة وقوعه على الاقرار والانكار ، فطلبه لا يكون موجباً للاقرار .

نعم لو قال : يعني أو ملكني اقتضى ذلك الاقرار بعدم ملكه له ، لانه صريح في طلب التمليك المنافي لكونه ملكاً له ، لاستحالة تحصيل الحاصل ، وبالجمله فانه لا اشكال في اقراره بعدم الملك بقوله ذلك .

بقي الكلام في أنه هل يكون بذلك ملكاً لمن طلب منه البيع أو التمليك أم لا ؟ الاقرب عدم ، لانه يحتمل أن يكون المطلوب منه وكيلاً ، واذا قام احتمال ذلك لم تتم الدلالة على كونه ملكاً له .

وبالجمله فالمرتب على الاقرار المذكور هو كونه مالكا لبيع ، لا مالكا للمبيع ، لانه أخص ، والعام لا يدل على الخاص .

وقيل : نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب يبيعه تحت يد المخاطب ترجح جانب ملكه ، لدلالة اليد على الملكية ، والاصل عدم مالك آخر ، قال في المسالك : وقد تنبه لذلك العلامة في المختلف والشهيد في الدروس وهو قوي . انتهى .

أقول : لا يخفى أن ما تقدم من الكلام وبه صرحوا أيضاً أن مبنى الشك في كونه ملكاً لمن طلب منه البيع وعدمه - انما هو على اقراره من غير انضمام شيء آخر له من خارج يدل على الملكية أو عدمها ، والا فمع انضمام ما يدل على أحد الامرين لا اشكال في الحكم بمادله عليه .

وبه يظهر أن ما ذكره من هذا الفرع لأعرف له مزيد فائدة على أن ما ذكره من مجرد دلالة اليد على الملكية محل توقف ، بل لابد مع ذلك من ادعاء الملكية ، والا فان المال في يد الوكيل أيضاً لكنه معترف بالوكالة عن الغير ،

هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لاسترة عليه .

الثانية عشر - وفيها حكمان - أحدهما انه لو ضمن شخص عن شخص مالا بأذنه ثم صالح الضامن المضمون له بأقل مما ضمنه لم يكن له الرجوع على المضمون عنه الا بما صالح به ، والظاهر أنه لا خلاف فيه ، وعليه تدل موثقة عمر بن يزيد (١) فقال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن ضمناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذي صالح عليه رواه الكليني والشيخ (رحمة الله عليهما) .

وروى ابن ادریس فی مستطرفات السرائر قهلاً من كتاب عبد الله بن بكير (٢) فقال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضمناً ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال : ليس عليه الا الذي صالح عليه .

والخبران وان كانا مطلقين بالنسبة الى اذن المضمون عنه وعدمه الا أنه يجب تهديدهما بالاذن ، لما تقدم في كتاب الضمان أنه لا رجوع الا مع الاذن ، و بدونه لا رجوع .

وكذا لو صالح الضامن المضمون له عن المال الذي ضمنه بعروض دفعها اليه ، فانه لا يرجع على المضمون عنه الا بأقل الامر من قيمة العروض وما كان في ذمة المضمون عنه ، وقد تهم ذكر هذه المسئلة وتحقيق الكلام فيها في كتاب الضمان فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه .

الثاني - يجوز الصلح على تعجيل بعض الدين المؤجل بنقصان منه ، ولا يجوز تأجيل شيء منه بزيادة ، ولا يجوز الصلح على تعجيل البعض أيضاً بمد الاجل في الباقي .

ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة باسانيد عديدة فيها الصحيح والحسن عن الحلبي (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : سئل عن الرجل يكون له دين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول : اتقدي كذا وكذا واضع عنك بقيته ، أو يقول :

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٧ التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٧

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢١٠ ح ٦ والوسائل ج ١٣ ص ١٥٣ ح ١ و ٢

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ح ٤ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٨ ح ١

انتهدى بعضه وأمد لك في الاجل فيما بقى عليك قال : لأرى به بأساً ، انه لم يزد على رأس ماله ، قال الله عز وجل (١) فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وفي قوله (عليه السلام) انه لم يزد على رأس ماله ثم أورد الآية اشارة الى عدم جواز التأجيل بالزيادة على الحق ، وان كان على سبيل الصلح ، فانه رباء كما يدل عليه ايراد الآية ، فيمكن الاستدلال بالخبر المذكور على تحريم الربا في الصلح أيضاً الا أن الرباء لازم هنا مع نقصان أيضاً ، وكأنه حينئذ مستثنى بالخبر ، وبعضه أيضاً حسنة أبان (٢) عن حديثه عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال ، سألت عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الاجل عجل لي النصف من حتى على أن أضع عنك النصف ، أيحل ذلك لواحد منهما ، قال . نعم .

المطلب الثاني في تراحم الحقوق والتنازع في الاملاك:

والكلام فيه يقع في مقامات : **المقام الاول** - قد صرح الاصحاب (رضوان الله عليهم) بأنه يجوز اخراج الرواشن (٣) والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضرب بالمادة ، وهما عبارة عن اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق بحيث لا يصل الى الجدار المقابل لمؤبنى عليها ، ولو وصل الى الجدار سمي ساباطاً وعلى هذا فهما عبارة عن أمر واحد ، وربما فرق بينهما بأن الاجنحة ينضم اليها مع ما ذكر أن يوضع لها أعمدة من الطريق ، وربما قيل ذلك في الرواشن .

والكلام هنا يقع في مواضع : **الاول** - المرجع في الضرر الى العرف بالنظر

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٩

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٨ ح ٢

(٣) قال في مجمع البحرين : الرواشن جمع الروشن وهي أن يخرج اخشاباً الى الدرب وبين عليها ويجعل عليها قوائم من أسفل . انتهى ، وفي اللغوين الروشن بأنه الكوة كذا ذكره المحقق الشيخ على ما في شرح القواعد . وفي القاموس : الروشن الكورة ، فليتأمل قلل الخلط في أحد الموضعين ، ولا يحضرني الآن من نسخ الكتاين ما يمكن تحقيق الحال منه فان تحريف الكوة بالكورة أو بالعكس قريب فليلاحظ منه رحمه الله .

الى المارة فى تلك الطريق وما يليق بها ، فلو كانت من الطرق التى تمر فيها الجيوش والجمال والفرسان وجب أن لا يضر بالعماريات والكنائس ، واعتبر ارتفاع ذلك بحيث يمر فيه الفارس لا يصدمهم مما لا على عنقه ، واعتبر العلامة فى التذكرة أن يتمكن الفارس من الممر تحته ورمحه منتصب لا يبلغه ، قال : لانه قد تراحم الفرسان فيحتاج الى أن تنصب الرماح ، ومنعه فى الدروس لتدته ، وقواء فى المسالك لا مكان اجتماعهم مع امالته بحيث لا يبلغهم .

الثانى - المفهوم من كلامهم وتقييد الضرر بالمارة كما قدمنا ذكره أنه لو أضر بغيرهم من جار ونحوه بحيث استلزم الاشراف عليه لم يمنع منه ، كما لا يمنع لو كان وضع الجناح والروشن فى ملكه فاستلزم الاشراف على جاره .

وخالف فى ذلك العلامة فى التذكرة فقال : بالمنع من ذلك فارقا بينه وبين الوضع فى ملكه ، قال فى الكتاب المذكور : اذا أخرج جناحاً أو روشناً فى الشارع النافذ فقد بينا أنه ليس لاحد منعه مع عدم الضرر به ، فلو تضرر جاره بالاشراف عليه فالأقرب أن له المنع ، لانه قد حصل به الضرر ، بخلاف ما لو كان الوضع فى ملكه فانه لا يمنع وان حصل معه الاشراف ، لان للانسان التصرف فى ملكه كيف شاء ، ويمنع فى الملك من الاشراف على الجار لامن التعلية المقتضية لامكانه ، قال : ولست اعرف فى هذه المسئلة بالخصوصية نصاً من الخاصة ولا من العامة ، وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ، ولعل غيرى يقف عليه أو يجتهد فيؤديه اجتهاده السى خلاف ذلك انتهى ملخصاً .

واعترضه فى المسالك فقال : وفيه نظر لان المعتبر فى الموضوع فى الطريق عدم الاضرار بأهل الطريق ، لانه موضوع للاستعراق فيمتنع ما ينافيه ، أما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه ، بل قد تقدم أنه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة ، فضلاً عن غير المار ، والجار خارج عن ذلك كله ، فلا وجه للمنع مما يقتضى اضراره ، كما لو أحدث بناء فى مباح ويقابله واستلزم الاشراف عليه ، وكلام العلامة وغيره حيث قيدوا الضرر بالمارة دليل عليه ؛ وانما عمو هو الضرر فى فرعه . انتهى .

أقول : ويقول العلامة (قدس سره) في هذه المسئلة ولست أعرف في هذه المسئلة نصاً وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ، تعلق المحدث الامين الاستر ابادي ونحوه من الاخباريين في التشنيع على المجتهدين ، ويمكن الاعتذار عنه (قدس سره) بأن مراده بالاجتهاد انما هو الاستنباط من الادلة العامة ، فانه انما في وجود الخبر الخاص بهذه المسئلة ، فلا ينافيه امكان استنباط دليل لها من الادلة العامة ، وهو هنا حديث (١) «لا ضرر ولا ضرار» لانه انما استند في المنع بضرر الجار بذلك . نعم يمكن أن يجاب عن ذلك بأن الضرر المنهى عنه انما هو نفس الاشراف ، لا الروشن المقتضى له ، كما لو فعله في ملكه أو أحدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف كما تقدم في كلام شيخنا المتقدم ذكره .

الثالث - ما قدمنا ذكره من جواز اخراج الراشن والاجنحة الى الطرق النافذة مالم يضر بالمادة هو المشهور ، سواء عارضه فيه مسلم أو لم يعارضه أحد ، وهو قول الشيخ في الخلاف .

وقال في المبسوط : بأنه لو عارض فيه مسلم وجب قلعه ، وبه قال ابن البراج ، والاول اختيار ابن ادريس ، مستنداً الى جريان العادة من غير أن ينكره أحد ، قال : وسقيفة بنى ساعدة وبنى التجار مشهورتان ، ولم ينكرهما أحد من المسلمين ، ونفس الطريق غير مملوكة ، وانما يملك المسلمون منافعها دون رقبته . انتهى . وبه قال العلامة وغيره ، وما ذهب اليه الشيخ في المبسوط هنا قله في التذكرة عنه ، وعن أبي حنيفة ، قال : وقال الشيخ (رحمه الله) وأبو حنيفة لا عبرة بالضرر وعدمه ، بل ان عارضه فيه رجل من المسلمين نزع ووجب قلعه وان لم يكن مضراً به ولا بغيره ، والامر كانه بنى في حق غيره بغير إذنه ، فكان له مطالبة بقلعه ، كما لو بنى دكة في الملوكة ، أو وضع الجناح في ملك غيره ، ثم رده بان القياس ممنوع ، فان الضرر يحصل بيناء الدكة ، بخلاف الجناح والساباط والراشن ، لان الاعمى يعتبر بها ، وكذا في الليل المظلم يعثر البصير بها ، وضيق الطريق بها بخلاف الجناح ، وملك الغير لا يجوز التصرف فيه الا باذنه ، بخلاف الطريق فاقتراً .

أقول: والعمدة في ذلك كله هو إباحة الهواء، وأنه غير مملوك هنا للمارة ولا لغيرهم فلامانع من التصرف فيه الأعلى وجه يتضرر به المارة، والمفروض عدمه، فلو حصل الضرر به وجب إزالته ولا يختص الوجوب بالواضع، وإن كان أكد، بل يجب على كل من له قدرة بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

الرابع - المفهوم من تقييدهم الطرق بالنافذة عدم الجواز في الطرق المرفوعة، والوجه فيه ظاهر، لأنها ملك لأربابها، كساير الاملاك المشتركة لا يجوز التصرف فيها إلا بإذن أربابها فلا يجوز لأحد منهم أحداث جناح أو باب شارع إلا بإذن الباقين، سواء أضر بهم أم لم يضر، للمنع من التصرف في مال الغير إلا بإذنه مطلقاً، والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لا ينتهي إلى طريق آخر ولا مباح، بل إلى ملك الغير، والمراد بأربابها من له باب شارع إليها، ومما يترتب على ملكهم لها جواز سدهم لها عن السكة، مع اتفاقهم على ذلك، وكما يحرم التصرف فيها بما تهدم ذكره كذلك يحرم تغييره من أنواع التصرفات، فلا يجوز المرور فيها إلا بإذنه ولا الجلوس فيها، ولا إدخال الدواب فيها ونحو ذلك إلا مع الإذن، ويمكن الاكتفاء في جواز المرور بشاهد الحال، وكذا الجلوس خفيفاً، فلو اتفق في تلك الطرق المرفوعة السلوك إلى مسجد أو رباط أو مطهرة أو نحوها من المشتركات بين العامة لم يكن لأصحاب الطريق المنع من السلوك إليها، ولا أحداث سابط أو جناح يضر بالمارة وإن رضى أهل السكة، لأنها صارت مشتركة بينهم وبين عامة الناس المترددين إلى تلك المواضع، ونحوه لو جعل أحدهم داراً أحد تلك المواضع، والوجه فيه ظاهر مما تقدم.

هذا والمفهوم من كلام الأصحاب عن غير خلاف يعرف هو أن الطرق المرفوعة ملك لأربابها، وظاهر المحقق الأردبيلي (رحمة الله عليه) هنا المناقشة في ذلك مستنداً إلى المنع من ذلك الآن يعلم بدليل شرعي، ولو يدعوى الملكية بشرط أن لا يكون مستنده مجرد الاستطراق، فإن الذي علم من الاستطراق استحقاقهم ذلك لا غير، ولما كان أكثر الطرق والاستطراق يحصل في غير الملك لا يعلم منه الملكية التي هي منفية بالأصل، إذ لا فرق بين المملوك والمرفوع في الحصول، إلا أن المترددين في الأول أكثر، هذا غاية ما استند إليه (قدس سره).

وفيه نظر ، اذ لا يخفى أن الظاهر أنه لا خلاف في أن التصرف اماره الملك ، فلو تصرف أحد في شيء ومات وهو في تصرفه حكم به ميراثا لورثته ، ولو ادعى مدع في أن تصرفه عاد طوب بالبينه ، ولا يخفى أيضاً أن التصرف غير مضبوط بحد معلوم دائماً هو في كل شيء بنسبته ، يعنى بالنظر الى المنافع المترتبة على ذلك الشيء فكل من تصرف في شيء بتحصيل المنافع المترتبة عليه ثبت له الملك ، والمنافع المترتبة على الطريق التي بها ثبت التصرف ليس الا الاستطراق ، لانها موضوعه له وان أمكن وجود منافع آخر أيضاً ، الا أن هذا هو المقصود منها والغالب عليها ، وأما ما ذكره من أن الاستطراق يحصل في غير الملك فلا يدل على الملكية كما في الاستطراق في الشوارع - ففيه أن ما ذكرنا من أن التصرف اماره الملك فان التصرف في كل شيء انما هو بنسبة حاله ، مما يثبت به المدعى ، اذ لا خلاف في هاتين المقدمتين فيما أعلم ، وعدم ثبوت ذلك في الشوارع انما هو من حيث عدم حصر السالك فيها ، والملك لا بد أن يكون له مالك معين ، والتصرف الموجب للملك الذي يكون في كل شيء بنسبته لا بد أن يكون مستمراً كما في التصرفات في سائر الاملاك .

وحينئذ فلو مر شخص في الجادة يوماً ولم يعد اليها في باقي عمره لا يعد مالكاً ، وان كان قد تصرف مرة ، وهكذا في سائر السالكين وان تفاوتوا ، بخلاف ملاك السكة المرفوعة . فانهم مستمررون على الاستطراق منها الى بيوتهم كما في جملة التصرفات في الاملاك مع كونهم معينين محصورين ، وبذلك يظهر لك الفرق بين الطريقين ، وعدم قياس احدهما على الاخرى في البين . والله العالم .

الخامس - قد عرفت أن الاظهر أنه ليس لأحد من المسلمين معارضته في اخراج الجناح والروشن ، ويدخل فيه الجار ، فليس له المعارضة ، ليكون الهواء بينهما ، بل أيتهما سبق استحق ذلك .

نعم للآخر اخراج روشن فيما بقى من الهواء ، وليس لصاحب الاول منعه مالم يضع على خشبته شيئاً منه ، ويجوز للآخر اخراج روشنه فوق الاول أو تحته مالم يضر به ، ويعتبر أن يكون عالياً لا يضر بالمادة على الوجه المتقدم ، ولو أظلم

الطريق بوضع الثاني أزيل خاصة ، لان الضرر انما حصل به ، وان كان للاول أيضاً اثر في ذلك الا أن الحد الموجب للضرر انما حصل بالثاني .

السادس - قال في التذكرة : لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو السابط أرباب الدرب ، وأصحاب السكة على وضعه جاز على الاظهر عندنا ، لكن الاولى اشتراط زمان معين ، لانه حق مالي بتعين المالك فجاز الصلح عليه ، وأخذ العوض عنه كما في القرار ، ومنع منه الشافعية ، بناء منهم على أن الهواء تابع ، فلا يفرد بالمال صلحاً كما لا يفرد به بيعاً ، ونمنع مانعية التبعية من الافراد بالصلح ، بخلاف البيع لانه يتناول الاعيان ، والصلح هنا واقع عن الوضع مدة ، وكذا الحكم في صلح مالك الدار عن الجناح المشرح اليها من الجواز عندنا ، والمنع عندهم . انتهى . وظهره أن الحكم اجماعى عندنا في كل من الموضعين ، وانما المخالف فيه الشافعية خاصة ، مع أن عبارة الشيخ في المبسوط ظاهرة في ما نقله عن الشافعية حيث قال : اذا اخرج جناحاً الى زقاق غير نافذ لم يجز ، لان أربابه معينون ، فان صالحوه على تركه بعوض يأخذونه منه لم يجز ، لان في ذلك افراداً للهواء بالبيع ، وذلك لا يصح . انتهى .

والاصحاب قد نقلوا ذلك عنه أيضاً ، والظاهر أنه غفل عن مراجعة ذلك ، والمحقق في الشرايع قد تردد في المسئلة من أجل خلاف الشيخ أيضاً .

وكيف كان فان الظاهر أن كلام الشيخ هنا (رحمه الله) مبني على ما تقدم نقله عنه من فرعية الصلح على البيع كما هو مذهب الشافعية ، وقد تقدم نقله عن الجميع وبيان ضعفه ، والمفهوم من كلامهم كما هو ظاهر عبارة التذكرة المذكورة استحقاق جميع ملاك الطريق المرفوعة لذلك ، وهو مخالف لما صرحوا به كما سيأتي إن شاء الله تعالى من اختصاص الداخل منهم بما بين البابين ، واشترائك الجميع انما يحصل فيما خرج عن الابواب كملاً ، فالمناسب للتفريع على ذلك أن يقال : أن الروشن المحدث ان كان خارجاً عن جميع الابواب فالحق للجميع ، والصلح على اخراج الروشن مع الجميع ، وان كان داخلياً عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج ، وقيل : يتوقف على رضى الجميع كالاول ، وقواه في الدروس ، وسيأتي

الكلام في ذلك انشاء الله تعالى .

السابع - قالوا : لو سقط الروشن فسبق جاره الى وضع روشن في ذلك الهواء لم يكن الاول منعه ، لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه ، وانما اكتسب بوضعه الاولوية ، كالفعود في المسجد .

بل قال في التذكرة : لو هدمه جار قهراً و تعدياً ثم وضع الجار روشناً أو جناحاً في محاذاته ومعه الى مكان روشن الاول جاز ، وصار أحق به ، لان الاول كان يستحق ذلك بسبقه اليه ، فاذا أزال وسبقه الثاني الى مكانه كان أولى ، كرجل جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم ، فانه يزول حقه من الجلوس ، ويكون لغيره الجلوس في مكانه . وليس للاول ازعاجه ، وان ازعج الاول فكذا هنا ، ثم نقل المنع عن بعض الشافعية .

وملخص كلامهم أنه انما يزول حقه بالاعراض عن اعادته لا بالهدم والانهدام كالجالس في المكان الاولوية ، وبذلك صرح غيره أيضاً ، وظاهره أن غاية ما يلزم الثاني بكسر روشن الاول الاثم والضمان خاصة ، والا فان أولويته تزول بذلك . ولا يخفى ما فيه من الاشكال ، لعدم النص في ذلك مع ظهور كون الثاني غاصباً وان لم يكن غصب ملك بل غصب أولوية ، فاطلاق أدلة الغصب وعمومها يشمل مثل ذلك .

وقد تنبه لما ذكرناه المحقق الاردبيلي (قدس سره) ، حيث أنه بعد نقل كلام التذكرة وما ذكره من كلام بعض الشافعية ، قال : والذي يتخيل أولوية قول بعض الشافعية ، اذ لاشك في حصول الاولوية ، والاصل بقاؤها ، ومعلوم زوالها بالاعراض لا غير ، والظاهر أنه ليس بأقل من التحجير قهراً يمكن عدم زوال أولوية الحجير ، وبالجملية الحكم ليس بمنصوص ولا مجمعاً عليه على الظاهر ، فليس يبعد قول بعض الشافعية ، ولا شك أنه أحوط . انتهى .

وأشار بقوله : ليس أقل من التحجير الى آخره وان كانت العبارة لا يخلو من غموض ولعله لغلط في الكتاب المنتسخ منه - الى ماصر جوابه ثمة من أنه بالتحجير الذي هو شروع في الاحياء لا يصلح لغيره التخطي اليه وان لم يفد مكللاً ، بل

انما يفيد أولوية ، وهو نظير ما نحن فيه ، فيكون مؤيداً لما ذكرناه .
ويؤيده أيضاً ما تقدم في أحكام المساجد من كتاب الصلاة بالنسبة الى السابق
الى موضع منها من تصريح شيخنا الشهيد الثاني بأنه لو أزعجه مزعج فلا شبهة
في ائمه ، وهل يصير أولى بعد ذلك يحتمله ، لسقوط حق الاول بالمفارقة ، وعدمه
للنهي ، فلا يترتب عليه حق ، ويتفرع على ذلك صحة صلاة الثاني وعدمها ، مع
أنه (قدس سره) ممن وافق العلامة فيما نقلناه عنه في كتاب المسالك ، والحكم
في المسألتين من باب واحد . والله العالم .

المقام الثاني - في الطرق وهي على قسمين ، نافذة ويقال شارة ، ومرفوعة
والكلام في هذا المقام يقع أيضاً في مواضع ، الاول - الظاهر أنه لاختلاف بين
الاصحاب في جواز فتح الابواب المستحدثة في الطرق النافذة ، لان المسلمين فيها
شرع ، فيجوز احداث الابواب فيها لمجاورتها ، سواء كان لتلك الدار باب آخر اليها
أم الى غيرها من الطرق النافذة ؟ أو المرفوعة .

أما الطرق المرفوعة فلا يجوز الا برضاء أهلها ، ولا حد الشر كاء فيها الا باذن
الباقين ، وكذا لاختلاف في جواز وضع الميازيب في الطرق النافذة ، واحتج عليه
في التذكرة بأن الناس بأسرهم اتفقوا على وضع الميازيب ونصبها على سطوحهم
قديماً وحديثاً من غير انكار أحد منهم ، فكان اجماعاً هذا اذا لم يتضرر بوضعها أحد ،
فان تضرر بوضعها وجب قلعها .

أقول : الاظهر الاستدلال على ذلك بأصالة الاباحة ، اذ لا شيء هنا مما ربما
يتوهم المنع منه الا الاستطراق الذي هو حق للمسلمين ، والمفروض أنه لا يضر به ،
فيكون كوضعه مشرفاً على الاماكن المباحة .

الثاني - يجوز فتح الروازن والشبايك في الطرق النافذة بلا اشكال ، وكذا
في الطرق المرفوعة وأن استلزم ذلك الاشراف على جاره ، لما تقدم من أن المحرم
هو الاشراف والتطلع ، لا التصرف في الملك ، ليستفيد بذلك الاضافة في بيته .
نعم للجار وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه وان استلزم سد الضوء ،

ولافرق بين أن يكون لصاحب الحائط الذى فتح فيه الروزنة أو الشباك باب فى تلك الدرب أم لا ، لان له رفع جميع الحائط ، وأن يضع عوضه شباكاً فبعضه أولى . نعم يمنع من فتح الباب لو لم يكن له باب قديم ، وإن لم يستطرق فيه دفعاً للشبهة ، اعنى شبهة استحقاقه التطرق ، والمرور من تلك الطريق ، وبهذا يفرق بين فتح الشباك والروزنة بل رفع جميع الحائط ، وبين فتح الباب ، فإن الشبهة المذكورة لا تترتب على الثلاثة الاول ، بل انما تترتب على الرابع ، فانه بعد تطاول الزمان واشتباه الحال يمكن الاستناد اليه فى استحقاق المرور والتطرق من تلك الطريق ، بخلاف رفع الجدار فضلاً عن الشباك والروزنة ، فانه لا يقتضى استحقاق المرور به بوجه ، هذا كله اذا لم يأذن أرباب تلك الطريق ، فلو أذنوا سقط .

البحث الثالث - لو كان فى السكة المرفوعة أبواب بعضها أدخل من الآخر فهل يشترك جميعهم فى جميع السكة فيكون الاستحقاق فى جميعها لجميعهم ، أم شركة كل واحد يختص بما بين رأس السكة وباب داره ؟ لان محل تردده هو ذلك المكان خاصة ، المشهور بين الاصحاب الثانى ، والوجه فيه أن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه ، فلا يشارك فى الداخل ، فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزايد على بابه حكم الاجنبى من غير أهل السكة .

وقيل : بالاول ، فيشترك الجميع فى الجميع حتى فى الفضلة الداخلة عن الابواب وهو صدر السكة ان كان ذلك ، وعلل باحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ، ووضع الانتقال عند الادخال والاخراج .

وقوى فى الدروس هذا القول ، وهى القولين فى التذكرة عن الشافعية ، وقال : ان أظهر الوجهين لهم الثانى ، والمسألة غير منصوصة عندنا ، الا أن الاوفق بالقواعد الشرعية هو القول المشهور ؟ ولو فضل فى صدر الزقاق فضلة عن الاستطراق فظاهر الاصحاب أن ارباب الابواب فيها سواها ولأولوية لواحد على غيره لاستوائهم فى الارتفاق بها . بخلاف ما بين البابين أو الابواب ، فان أدخلة الباب تقتضى الاستطراق اليه ، وهو مختص بالمستطرق ، فيتحقق الترجيح ، فالادخل ينفرد بما

بين البابين ، وهكذا لو كانت أكثر من بابين ، ويشترك الجميع في الطريقين أعني صدر السكة الخالي عن الاستطراق ، لما تقدم ، وآخرها الزائد على الابواب ، لاشتراك الجميع في استطراقه ،

قال في التذكرة : فعلى المشهور عندنا ان الادخل عنده ينفرد بما بين البابين ، و يتشاركان في الطريقين ، ولكل منهما الخروج يبا به مع سدا الاول وعدمه ، فان سده فله العود اليه مع الثاني ، وليس لاحدهما الدخول يبا به ويحتمله ، لانه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ويستصحب ، وله رفع جميع الجدار فالباب أولى انتهى .

أقول : الظاهر ان هذا الاحتمال مبنى على القول الآخر الذى تقدم تقويته عن الدروس ، والا فانه يشكل بناء على المشهور من حيث اختصاص تملكه بما يستطرقه ، وهو الى الباب الموجود يومئذ ، فاذخاله للباب الى داخل السكة مع أنه ملك غيره من اصحاب الابواب الداخلة مشكل .

و أورد المحقق الاردبيلي (رحمه الله) هنا عليهم اشكالا قد أشرنا اليه فى الموضع السادس من المسئلة السابقة ، قال (رحمه الله) ثم هي هنا اشكال وهو أنهم قد حكموا بكون المرفوعة ملكا لكل من فيها ، فالهواء والارض كله ملك مشترك بين أربابها ، وأيضا قالوا : لا يجوز لاحد التصرف باحداث الرواشن والاجنحة والساباط وفتح الابواب المستحدثة حتى لغير الاستطراق أيضا ، وكذا وضع الميزاب ، سواء حصل الضرر أم لا الا باذن الارباب ، فمعهم يجوز مطلقا ، فهو مؤيد للاشتراك ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين البابين لذى الباب الادخل والاول ، الى أن قال : فكأنهم جوزوا ما حرموه .

وقد تقدمه شيخنا الشهيد الثاني فى المسالك ، فانه أيضا أشار الى ذلك ، ويتفرع على ذلك ما اشرنا اليه آنفا من توقف وضع الجناح أو الروشن على اذن الجميع ، بناء على حكمهم بعموم الملك للجميع ، والتفصيل بما تقدم بناء على كلامهم هنا من اختصاص الداخل بما بين البابين .

الرابع - قال العلامة فى التذكرة : يصير الموضع شارعا بأمور أن يجعل

الانسان ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلاً ويسلك فيه شخص آخر ، أو يجيء جماعة أرض قرية أو بلدة ويتركوها مسلكاً نافذاً بين الدرب والمساكن ، ويفتحوا اليه الابواب ، أو يصير موضع من الموات جادة يسلك الناس فيها ، فلا يجوز تغييره ، وكل موات يجوز استطرافه ، لكن لا يمنع أحد من احيائه بحصول الممر عليه ، فليس هو حكم الشوارع . انتهى .

وقال في الدررروس: يجوز عمل سرداب في الطريق النافذ ، اذا أحكم ازجه ولم يحصر الطريق من وجهها ، ولو كان في المرفوع لم يجز وان أحكم الاباذهم ، ومثله الساقية من الماء اذا لم يكن لها رسم قديم ، ومنع الفاضل من عمل الساقية وان أحكم الازج عليها في النافذ ، أما لو بناها بغير أزج فانه يمنع منها اجماعاً ، ويجوز لكل أحد ازالته انتهى .

المقام الثالث في الجدران :

والبحث فيها يقع في موارد : الاول - الجدار بين الملكين اما أن يكون لواحد من صاحبي الملكين ، أو يكون مشتركاً بينهما ، فان كان مختصاً بأحدهما كان له التصرف فيه كيف شاء ، بهدم وبناء ونحو ذلك ، وليس للآخر وضع جذع ولا خشبته عليه الا باذن صاحبه ، وهذا كله مما لا خلاف فيه ولا اشكال ، وان كان مشتركاً لم يجز لاحدهما التصرف فيه الا باذن الآخر ، كوضع وتد وفتح كوة ونحو ذلك ، حتى أنه عد في التذكرة من ذلك أخذ تراب ليترب به الكتاب ، فانه لا يجوز الا باذن شريكه ثم استثنى من ذلك ما لا يقع المضايقة به كالاستناد اليه ، واستناد المتاع اليه اذا لم يتضرر الجدار بذلك ، وهذا الحكم عام في جدار الغير مطلقاً ، لانه بمنزلة الاستغلال بجدار الغير ، والاستفاضة بسراجه ، ولومنع المالك أو الشريك من الاستناد فهل يحرم أم لا ؟ جزم في التذكرة بذلك وتبعه في المسالك واستقرب في الدروس عدم لاتقاء الضرر قال في المسالك : وموضع الخلاف ما اذا كان المجلس للمستند والالم يجز اجماعاً .

الثاني: قالوا ، اذا التمس الجار وضع جندعه على حائط جاره لم يجب على جاره اجابته . نعم يستحب ، و استدل في المسالك على الاستحباب بما روى عنه (صلى الله عليه وآله) من قوله «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يمنعن جاره من وضع خشبة على جداره» .

أقول : لم أقف على هذا الخبر في كتب أخبارنا ، و الظاهر أنه من طريق العامة حيث انه نقل في المسالك أن بعضهم أجاز وضع الخشب بدون الاذن مستندا الى هذا الخبر .

و كيف كان فان عموم اخبار قضاء الحوائج للمؤمنين والتوصية بالجار ونحو ذلك مما يدل على الاستحباب في مثل ذلك ، فلا بأس به .

ثم انه لو أذن له في الوضع فله الرجوع في الاذن مالم يضعه اخافا ، أما لو وضعه فقيـل : انه ليس له الرجوع لاقتضاء الاذن في ذلك الدوام والتأييد كالاذن في دفن الميت في الارض ، وللإضرار الحاصل بالنقض حيث يفضى الى خراب مملك المأذون ، ذهب اليه الشيخ في المبسوط وجماعة ، والمشهور بين المتأخرين ، ومنهم المحقق والعلامة والشهيدان وغيرهم أن له الرجوع لانه عارية ، والاصل جواز تصرف المالك في ملكه بأي نحو كان ، قالوا : والعاقبة بالدفن قياس مع الفارق ، لتحريم نبشه ، لامن حيث تخريب البناء والاضرار يندفع بضمان الارش .

أقول : وهذا الجواب جيد، الا أن بعضهم احتمل جواز النقض مجافا من غير أرض ، بناء على أن الاذن انما أفاد العارية ، ولأزمها الرجوع متى أراد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره عليه على تخليص ملكه منه ، بل اصالة البرائة مطلقا .

والقائلون بالاول استندوا الى أنه بناء معتزم صدر بالاذن ، فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نفسه ، و لان فيه جمعا بين الحقيـن ، ولانه سبب الاعتلاف لاذنه ، والمباشر ضعيف ، لانه بالامر الشرعى .

ثم انه على تقدير وجوب الارش فهل هو عوض بما نقصت آلات الواضع بالهدم؟

أوهو عبارة عن تفاوت ما بين العامر والخراب ؛ وجهان : اختار أولهما في المسالك ، وزاد المحقق الأردبيلي (رحمه الله) وجها ثالثاً قال ، ويحتمل ثالثاً وهو جميع ما أخرجه المالك في الجدار بعد وضع قيمة الآلات الموجودة منه ، فتدخل فيه أجرة الاكار وغيرها وهو الاظهر انتهى .

ولو اتفقا على بقاءه بالاجرة زال الاشكال .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر المحقق المذكور في شرحه على الاشارة الميل الى مذهب الشيخ في المبسوط في هذه المسئلة (١) قال (قدس سره) : وظاهر المصنف بل الاكثر جواز اخراج الخشب المعار ، وان كان مستلزماً للخراب على المأذون ، فيعطى الارش ، ويحتمل عدم الجواز ، وهو مذهب الشيخ ، لان العارية في مثل هذا للتأييد ، فكأنه قال : أعزني بحيث يكون دائماً عندى مادام الجدار ، ولا يكون لك الرجوع بوجه ، والتزم ذلك فصار لازماً ، لان المسلمين عند شرطهم ، ولان الاصل في العقود اللزوم ، وخرجت العارية في غير محل النزاع بالاجماع ونحوه ، وبقي الباقي ولا يمتثل للضرر ، ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام ، ولا يجبر بالارش ، اذ قد يكون بحيث لو لم يعر الخشبة لسهل عليه تحصيل غير الخشب يبقى دائماً ، وقد تخيل بقاؤه دائماً ، وحينئذ يخرب ملكه ، وقد لا يوجد من بنى اذ يكون المخرج زائداً بكثير على الاول ولا يعارضه ان المنع أيضاً ضرر على مالك الخشب ، لانه فعله بنفسه من غير اجبار ، مع أن العادة قاضية بأن مثل هذه العارية انما تكون للدوام ، فان أحداً لا يرتكب مثل هذه العارية مع تجويز رجوع مالكه اذا كان

(١) قال (قدس سره) : الثالث على تقدير ثبوت الارش فهل هو عوض ما نقصت آلات

الواضع بالهدم أو تفاوت ما بين العامر والخراب ، وجهان : مبتاهما على أن البناء اذا كان محترماً فهو بهيته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامراً أو خراباً ، لان ذلك هو نقص المالية ، ومن أن نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمن ، انما تضمن في نقصان الغير الذي كان سبب اتلافه وقواته وهو أقوى لان جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعاً على ملك الغير وذلك الملك انما أثر جواز النقص لا المشاركة في المالية . انتهى . منه رحمه الله .

مستلزماً للخراب ، كما في العارية للدفن ، ولا ينفع الفرق بأن النبس حرام وأنه قياس ، لما تقدم ، ولأن الغرض التمثيل والتأييد ، على أنه قد يقال به ، لظهور العلة المشتركة ، ويدفع الفرق بأنه على تقدير جواز الرجوع لا يكون النبس حينئذ حراماً ، بل يكون هذه من الصور المستثنيات الكثيرة .

ثم ان الظاهر على تقدير الجواز ما كان ينبغي وجوب الارش ، لأنه انما هو بسبب كونه عارية ، وهي جائزة دائماً ، والمالك قد أضر نفسه بقبول العارية الجائزة ، فكأنه جاوز على نفسه الرجوع والتخريب لما بنى ، فكأنه المخرب والمهدم ، فلا يتوجه أنه سبب ، ومالك الخشب مباشر ، على أنه اذا كان جائزاً فله أن يجبر مالك الجدار بحكم الحاكم بدفع ماله اليه ، فيكون هو المباشر فتأمل ، انتهى أقول : والمسئلة لخلوها عن النص محل توقف واشكال ، والاعتماد على هذه التعليقات في تأسيس الأحكام الشرعية مجازفة ظاهرة ، سيما مع تدافعها كما عرفت . نعم يمكن تأييد مذهب الشيخ بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من الآية والرواية ، فان هذه المسئلة وان كانت من قبيل العارية التي حكمها جواز الرجوع فيها ، الا أن قرائن الحال تشهد بأن المطلوب منها هنا الدوام ، فان المعير انما أعار جداره على هذا الوجه ، فلا يجوز له الرجوع بعد ذلك ، لما دل على وجوب الوفاء بالوعد ، ويؤيده حديث الوفاء بالشرط ، والله العالم .

تذنيبان :

الاول - قال في التذكرة : ان رفع صاحب الجذوع جذوعه لم يكن له اعادتها الا باذن جديد ، لأن الاذن الأول زال بزواله وكذا لو أذن في وضع روشن على حائطه أو جناح أو ساباط ، وهو أحد قولي الشافعي .

والثاني أن له الوضع عملاً باستصحاب الاذن الأول وكذا لو سقطت الجذوع أو الروشن أو الساباط أو الجناح بنفسه ، ولو سقط الجدار فبناء صاحبه بتلك الآلة فكذلك ، لأن الاذن لا يتناول الآمرة ، وللشافعية وجهان ، ولو بناء بغير تلك الآلة

لم يعد الوضع إلا باذن جديد عندنا وعند الشافعية قولاً واحداً ، انتهى .

أقول : ما ذكره من الاتفاق على التوقف على الاذن الجديد إذا كان البناء بغير تلك الالة مشعر بالخلاف فيما اذا بناء بتلك الالة ، الا أن ظاهره أن الخلاف إنما هو من الشافعية ، حيث قال : وللشافعية وجهان ، مع أن الشيخ قد صرح بذلك في المبسوط أيضاً ، ونقله عنه الاصحاب .

ومنهم العلامة في المختلف قال : إذا أذن له في وضع الجذوع على جداره ثم استهدم الجدار للمعير نقضه ، فإذا أعاده قال الشيخ في المبسوط : ان أعاده بتلك الالة لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه ، وان أعاده بغير تلك الالة كان له منعه ، وقيل : ليس له منعه ، والأول أقوى (١) ، ثم قال في المختلف : والوجه الاخير لنا أنها عارية ، وللمالك الرجوع فيها خصوصاً إذا لم يتضمن ضرر المستعير ، ولا ضرر هنا ، لان ازالة الجذوع كان سائغاً ، مع ان الشيخ قال أولاً : لو انهدم الحائط أو أهدمه المستعير لم يكن له الاعادة إلا باذن مستأف ، وأى فارق بين الموضعين سوى مباشرة الهدم في الثاني دون الاول ، وتلك لا توجب دوام الاعارة بل نقول أبلغ من ذلك ، وهو أن المالك لو هدم الحائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الاعادة وان وجب عليه الارش ان قلنا به ، انتهى .

أقول : ومن أجل اضطراب كلام الشيخ واختلافه هنا كما سمعت من كلام المختلف لم يذكر كثير منهم خلاف الشيخ المذكور ، كما يشير اليه عبارة التذكرة ، وكأنهم أخذوا بقوله الموافق لما عليه الاصحاب من المنع من الرجوع مطلقاً ، وأطر حوا هذا التفصيل الذي ذكره ، والقولان للشافعية ، والشيخ جمع

(١) أقول ومما اقرعه الشيخ على هذا التفصيل ما لو حلف أن لا يستد الى هذا الحائط ثم هدم وبنى بتلك الالة ، فانه يحنث ، قال في المبسوط وقال العلامة في المختلف : ويقوى في نفسى أنه لا يحنث لان الحائط الثاني ليس هو الاول ، لان الحائط عبارة عن آلة وتأليف مخصوص ولا خلاف في أن تأليفه بطل انتهى ، منه رحمه الله .

بين الحكمين المختلفين .

إذا عرفت ذلك فهنا شيء لم أعتز على من تبه له ولأنه عليه و هو أن ما ذكره الشيخ من التفصيل المتقدم نقله محل الخلاف منه انما هو الشق الاول ، وهو ما اذا اعاد الجدار بتلك الالة فالشيخ حكم بأنه ليس له منعه من الاعادة ، والاصحاب حكموا بالمنع ، وظاهر العبارة المذكورة ان الخلاف انما هو في الثاني ، والعبارة بهذه الكيفية قد ذكرها في المبسوط ، كما في نقل المختلف ، والمعنى لا يصح الابطال لفظ ليس ، مع أنها موجودة في الكتاين ، وقول العلامة في المختلف والوجه الاخير ثم علقه بما ذكره انما يتم بحذف ليس ، لانه هو الوجه الاخير الذي في مقابلة التفصيل الاول ، والمراد أن له منعه مطلقاً قليلاً . والله العالم .

الثاني : لو وقع الصلح بينهما على وضع الخشب او الجذوع على الجدار بشيء صحيح ، لعموم ادلة الصلح الا أنه يشترط عندهم معرفة الخشب أو الجذوع الموضوعة طولاً ووزناً ، لا اختلاف ضرر الجدار باختلاف ذلك ، وتكفي المشاهدة عن اعتبارها بما ذكر ، ولكن لابد من تعيين المدة و ضبطها ، هذا اذا كان الصلح قبل البناء ووضع الخشب .

وأما لو كان بعده فانه لا يفتقر الا الى تعيين المدة خاصة ، لان الباقي صار معلوماً ، قالوا : ولو كان الجدار غير مملوك بل موقوفاً كجدار المسجد لم يجز التصرف بوضع شيء عليه الا باذن الحاكم الشرعي ، وليس له الاذن الا بعوض ، وفي الجواز مع العوض بشرط عدم الضرر نظراً الى المصلحة بحصول العوض و عدمه نظراً الى أنه تصرف في الوقف بغير ما وضع له ، ولانه يشتر شبهة الاستحقاق بتداول الازمان - وجهان : أجودهما الاخير ، وهو خير الشهيدين في الدروس والمسالك .

الثالث - لو تداعيا جداراً فاما أن يكون لاحدهما عليه يد في الجملة ، أم لا يد بالكلية ، فعلى الثاني ان حلف عليه أحدهما مع نكول صاحبه قضى به للحالف ،

وان حلفاهما معاً أو نكلا قضي به لهما انصافاً ، وعلى الاول فاما أن يكون تلك اليد التي في الجملة مثل كونه في أرض أحدهما فانه يحكم له به ، أو يكون متصلاً بينائه اتصالاً يبعد به كونه محدثاً ، كتداخل اللين والاحجار ، ومثلهما ما لو كان لاحدهما عليه قبة أو غرفة أو نحو ذلك فانه بجميع ذلك يصير صاحب يد ، فالقول قوله يمينه مع فقد البينة ، وكذا لو كان لاحدهما عليه جذع أو جذوع ، لان حكم الجذع والجذوع حكم ما تقدم من المرجحات ، فيكون القول قوله مع يمينه ، ونقل عن الشيخ هنا أنه لا يقضى له بذلك ، قال في المبسوط : اذا تنازعا جدارين ملكيهما غير متصل بيناء أحدهما ، ولا حدهما عليه جذع أو جذوع له يحكم له .

وقال ابن ادريس : يحكم لصاحب الجذوع ، قال في المختلف : وهو مذهب والدي (رحمه الله) وهو المعتمد ، لنا أنه متصرف فيه ، وله عليه يد دون الآخر ، فيحكم مع عدم البينة له بعد اليمين ، كغيره من الاموال ، ثم قال : احتج الشيخ بقوله (صلى الله عليه وآله) (١) «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» ولم يفرقوا أيضاً فان هذا الحائط قبل طرح الجذوع كان بينهما تصفين بلا خلاف ، فمن قال بطرح الجذوع بغير الحكم عليه والدلالة ، بل يقال لصاحب الجذوع ، أقم البينة على انك وضعت هذه الجذوع بحق ، فان اقامها ، والا كان على حاله قبل وضعها فيه ، وأيضاً فان وضع الجذوع قد يكون عارية لان في الناس من يوجب اعارة ذلك ، وهو مالك ، فانه قال يجبر على ذلك لقوله (عليه السلام) ولا يمتنع أحدكم جاره أن يوضع خشبته على جداره .

والجواب عن الاول أنا نقول : بموجب الحديث ، فان اليمين هنا على المدعى عليه وهو صاحب الجذوع ، لانه متصرف وذو يد ، فالقول قوله مع اليمين ، وعلى الاخر البينة ، لانه مدع وخارج .

وعن الثاني أن التنصيف ثابت مع عدم التصرف لتساوي نسبتها اليه ، كما لو تداعيا عيناً في يدهما أو يد ثالث لا يعترف لأحدهما ، فانهما متساويان في الدعوى لعدم اليد ، أو لثبوتها لهما أما في صورة النزاع فان يد أحدهما ثابتة عليه ، فكان قوله مقدماً ، والاصل وضع الجذوع بحق ، فلا يطالب صاحبها باقامة البينة على ذلك ، الا أن يثبت الآخر دعواه ، والاصل عدم العارية ، والتخريج على المذهب الفاسد فاسد ، انتهى كلامه (زيد مقامه) وهو جيد ،

ولو تفرقت هذه المرجحات بأن كان لأحدهما بعض ، وللآخر بعض ، بأن كان البناء متصلاً بيناء كل منهما ، أو اختص أحدهما بالجذوع والآخر بالقبة أو الغرفة ، أو نحو ذلك حكم باليد لهما ، فيرجع الكلام الى ما تقدم من اختصاص الحالف مع نكول الآخر ، أو القسمة بينهما مع حلقهما أو نكولهما .

قالوا : ولا يرجع دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان ، وهو كل ما خرج عن وجه الحائط من نقش وودد وورق ونحو ذلك ، لامكان احداثه من جهته من غير شعور صاحب الجدار به ، ونحوها أيضاً الدواخل في الجدار كالطباقات غير النافذة ، والروازن النافذة لما ذكر ، وفيه على اطلاقه تأمل .

الرابع - الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أنه لو انهدم الجدار المشترك وأراد أحد الشريكين عمارته دون الآخر ، فانه لا يجبر الممتنع على المشاركة في عمارته ، وعلوه بأن الانسان لا يجب عليه عماره ماله .

وانما يبقى الكلام في موضعين : أحدهما - أنه لو أراد أحد الشريكين عمارته فهل يتوقف على اذن شريكه الممتنع ؟ أم يجوز البناء وان نهاء ؟ قولان : وعلل الاول بأنه مال مشترك ، فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك ، كما في جميع المشتركات ، وعلل الثاني بأنه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه في نفقته ، ولا ضرر عليه بوجه ، ونقل هذا القول عن الشيخ ، وفي المسالك قوى الاول .

وفي الحكم بقوته على اطلاقه اشكال ، لانه ربما يتضرر الشريك بترك عمارته

فيلزم من عدم الاذن له الاضرار به ، وحديث (١) « نفى الضرر والاضرار » يدفعه ، وربما قيل بالتفضيل بين اعادته بالالة المشتركة ، فلا يشترط رضاه ، وبين اعادته بآلة من عنده فيشترط ، لانه على الاول يبقى شريكاً كما كان ، بخلاف الثاني . ثم انه قال في المسالك : وحيث يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع رفع أمره الى الحاكم لجبره على المساعدة أو الاذن ، فان امتنع اذن له الحاكم انتهى . أقول : مقتضى ما قدمنا نقله عنه من تهويته القول الاول هو عدم جواز البناء لو لم يأذن ، وفيه ما عرفت آنفاً ، ومقتضى كلامه هنا هو أنه يجبر على الاذن ، أو يأذن الحاكم نيابة عنه ، وهو على اطلاقه أيضاً لا يخلو عن اشكال ، لانهم صرحوا بأنه لا يجب عليه عمارة ماله ، وظاهر كلامهم أنه أعم من أن يكون مشتركاً أو مختصاً به ، وسواء كان بنفقة ينفقها عليه أم لا ، فكيف يجبر على ذلك هنا ، والظاهر عندي انما هو التفصيل بما قدمنا ذكره من أنه مع ارادة الشريك التعمير وامتناع شريكه من ذلك ، فان كان في امتناعه ضرر على شريكه فانه يجوز للشريك التعمير من غير اعتبار اذنه ، فيسقط الاذن هنا أيضاً وقوفاً على حديث « نفى الضرر والاضرار » والا فلا ، وقوفاً على ما ذكره من عدم وجوب تعمير الانسان ماله ، ولا مدخل هنا للحاكم بوجه .

وثانيهما انهم قالوا : على القول باعتبار اذنه لو خالف وعمره بغير الاذن ، فهل للشريك نقضه ؟ احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره ، وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه ، فصارت الكيفية الثانية كأنها منصوبة ، فله ازالتها .

وفصل في المسالك فقال : الاقوى عدم ، ان كان بناء بالالة المشتركة ، لان هدمه أيضاً تصرف في مال الغير ، وهو الشريك الذي بنى ، فلا يصح كالاول ، وانما تظهر الفائدة في الاثم ، والجواز ان كان بناء بغير آله ، لانه عدوان محض ، وتصرف في أرض الغير ، فيجوز تغييره . انتهى .

أقول : يمكن تطرق المناقشة الى ما ذكره (قدس سره) بأن البناء كما أنه

مشمتمل على الالة فهى أحد أجزاءه فهى أيضاً مشتملة على الكيفية المخصوصة وهى أحد أجزاءه ، وكما يحصل العدوان والقصب بالبناء بغير آله القديمة كما اعترف به ، يحصل أيضاً بتغيير الهيئة والكيفية السابقة ، وبه يظهر أن قوله فيما لو بناء بالالة المشتركة - ان هدمه أيضاً تصرف فى مال الغير وهو الشريك الذى بنى - غير تام ، لان هذا التصرف بناء على ما ذكرناه تصرف عاد غير جائز ، فيجوز ازالته ، وبما ذكرناه يظهر قوة الاحتمال الأول وضعف ما ذكره من التفصيل .

ثم ان الموافق لما قدمناه من التفصيل بالضرر وعدمه أن يقال : انه على القول باعتبار الاذن لو خالف وعمره بغير اذنه ، فان كان فى تقضه ضرر على الشريك الذى بناء فليس للآخر تقضه ، عملاً بالخبر المتقدم ذكره ، والا فله تقضه ، للعلة المذكورة فى وجه الاحتمال من حيث التصرف فى ملك الغير ، وتفسير هيئته ، ثم انه على تقدير تحريم الهدم لو هدمه الشريك لزمه الارش ، كما لو هدمه ابتداء . والله العالم .

الخامس - قالوا : لو اختلفا فى خص قضى به لمن اليه معاهد القمط ، والخص بالضم البيت الذى يعمل من القصب ، والقمط بالكسر جبل يشد به الخص ، وبالضم جمع قماط ، وهى شداد الخص من ليف ، وخص ، ويستفاد من الفقيه أن الخص هو الحائط من القصب بين الدارين ، وهو الاوفق بالاخبار الواردة فى المسئلة ، وكذا يفرض المسئلة فى كلامهم .

و الذى وقفت عليه من الاخبار ما رواه ثقة الاسلام و الشيخ عن منصور بن حازم (١) فى الصحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال : سألته عن خص بين دارين فزعم أن علياً (عليه السلام) قضى به لصاحب الدار الذى من قبله وجه القماط فرواه فى الكافى بسند آخر فى الصحيح أو الحسن عن منصور بن حازم (٢) مثله ، الا أنه قال : عن حظيرة عوض خص ، ورواه الصدوق باسناده عن منصور بن حازم مثله الا أن فيه « فذكر » عوض « فزعم » ، وروى فى الفقيه باسناده عن عمرو بن شعمر

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٩٦ ح ٩ - التهذيب ج ٧ ص ١٤٦ ح ٣٤

(٢) الكافى ج ٥ ص ٢٩٥ ح ٣ - التهذيب ج ٣ ص ٥٦ ح ١

عن جابر (١) « عن أبي جعفر عن أبيه عن جده عن علي (عليهم السلام) أنه قضى في رجلين اختصما إليه في خص فقال : ان الخص للذي إليه القمط » .

والاصحاب لم ينقلوا في هذه المسئلة الا الرواية الاخيرة ، ولهذا قال في المسالك بعد نقله الرواية المذكورة : والطريق ضعيف ، لأن الاصحاب تلقوها بالقبول ، وردّها بعضهم ومنهم المصنف في النافع ، وقال انها قضية في واقعة ، فلا تعدى ، وحينئذ فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين انتهى .

وقال المحقق الأردبيلي (قدس سره) بعد نقل ذلك عن المسالك وكأنه أوفق بالاصول والقوانين ، لأنه يفهم من شرح الشرايع والتذكرة الاجماع عليه ، ثم ذكر رواية منصور بن حازم المتقدمة ، وقال : انها مروية بطريق صحيح ، وبطريق آخر حسن ، الى أن قال : فالمشهور لأبأس به ، ولا اعتبار بما تقدم ، وان احتمل كونها قضية في واقعة عرفها عليه السلام ، فلا تعدى ، انتهى ملخصاً .

و صدر كلامه (رحمه الله) يميل الى ما ذكره في النافع من طرح الرواية ، وجعل الخص المتنازع فيه كالجدار المتقدم ذكره ، وحكم التنازع فيه ، ثم ذكر رواية منصور المروية بطريق صحيح ، وآخر حسن ، ووافق المشهور في العمل بالرواية ، ونفي الاعتبار بما ذكره أولاً ، الا أنه احتمل الوقوف على مورد الخبرين من غير أن يتعدى الحكم الى غير الخص ، والظاهر أن السبب في ذلك هو أن ظاهر الروايات المذكورة الاعتماد في ذلك على القرابين ، فهي تدل على اعتبار القرابين في اثبات الاحكام الشرعية ، مع أن الامر بحسب الشرع ليس كذلك ، وحيث كانت الرواية بذلك متعددة مع صحة بعضها ، وجب الوقوف فيها على موردها . والله العالم .

السادس - قد تقدم الكلام في أنه لو اتهم الجدار المشترك لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته ، قالوا : وكذا لا يجبر صاحب السفل ولا العلو على بناء الجدار الذي يحمل العلو ، والوجه فيه أنه لا يجب على الانسان عمارة ملكه ، لاجل

الغير ، إلا أن الشهيد في الدروس قيده بان لا يكون لازماً بعقد ، بمعنى أن لا يكون حمل جدار العلو أو السقف لازماً على صاحب جدار السفلى بعقد لازم فلو كان واجباً عليه ، فإنه يجبر و هو جيد ، ولو أراد صاحب الجدار الا على بناء الاسفل تبرعاً فهل لصاحب الجدار الاسفل منعه أم لا ؟ الكلام فيه كما تقدم في المورد الرابع ، وأطلق العلامة في التحرير أنه ليس له منعه ، هذا كله اذا اتهم الحائط بنفسه ، أو هدمه معاً .

أما لو هدمه أحدهما بدون اذن الآخر أو باذنه لكن بشرط أن يعمره ، فقد اختلف الاصحاب في ذلك ، فقيل : بأنه يجب عليه اعادته ، ونقل عن الشيخ (رحمه الله) وبه صرح المحقق في الشرايع ، والعلامة في الارشاد ، ونقله في المسالك عن التذكرة ، إلا أن الذي وقفت عليه في التذكرة خلاف ما نقله ، كما ستسمعه - انشاء الله تعالى - من العبارة المشار إليها .

وقيل : بأن الواجب انما هو الارش ، صرح به العلامة في القواعد والتذكرة ، قال في التذكرة : لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه ، فان كان استهدامه في موضع وجوب الهدم لم يكن عليه شيء ، فان كان مما لا يجب هدمه ، أو هدمه وهو معمور لا يخشى عليه السقوط فقد اختلف قول علمائنا ، قال بعضهم ، يجبر الهادم على عمارته الى ما كان عليه أولاً ، والا قوى لزوم الارش على الهادم ، لان الجدار ليس بمثلّي . انتهى .

ومنه يظهر لك غلط ما في نقله في المسالك عن التذكرة من القول بوجوب الاعادة ، وقيل . بالتفصيل في ذلك كما ذكره في الدروس ، قال : ولو هدمه فعليه اعادته أن امكنت المماثلة ، كما في جدران بعض البساتين والمزارع ، والا فالارش ، والشيخ أطلق الاعادة ، والفاضل أطلق الارش انتهى .

وقال في المسالك بعد نقل ذلك عنه . وفيه مناسبة إلا أنه خارج عن القواعد الشرعية لاتقاء المثلية في الفئات ، فإنه محض صفة ، اذا لعيان باقية ، والمماثلة في الصفة بعيدة ، والقول بالارش مطلقاً أوضح .

وظاهر المحقق الاردبيلي الميل هنا الى ما ذكره في الدروس ، فإنه بعد أن

ذكر الاعتراض على القول بالاعادة ، بأن ضمان المثل انما يكون في المثل ، والجدار قيمى لامثل ، وذكر أن القائل بذلك استند الى ما في التذكرة قال : ولا يخفى أن الاعادة غير بعيد فيما أمكن المماثلة في الجملة ، وان كان الجدار قيمياً باصطلاحهم .

الآن الصرف قد يقضى بالمماثلة في بعض الجدران ، وعدم دقة فيها اذا كان المطلوب الحائل والمانع ، ولا يريدون في أمثال ذلك غير تلك المماثلة في الجملة ، فليس يعمد الاكتفاء في أمثاله بهذا المقدار ، فان العقل يجد أن لا تكليف في أمثاله الا بالمثل ، وهو المضمون ، ويؤيد أن الارش بعيد ، فانه لا يسوى بعد الهدم الابشئ قليل جداً ، والجدار الصحيح تكون له قيمة كثيرة ، بل المناسب على القول بالارش أن يراد به ما يحتاج في تعميره بمثل ذلك التعمير ، وفيه أيضاً تأمل اذ قد يتفاوت العمل و الاجرة كثيراً فتأمل الى أن قال - بعد ذكر قوله في المسالك في الاعتراض على كلام الدروس أنه خارج عن القواعد الشرعية والخروج عن القواعد لوجه اذا لم تكن مأخوذة من النص الصريح لا بأس به . انتهى .

أقول : والمسألة كظايرها محل اشكال ، لعدم المستند الواضح لشيء من هذه الاقوال ، وتدافع التعليل في كل منها والاحتمال ، وان كان كلام الدروس لا يخلو من قرب في هذا المجال . والله العالم .

السابع - المشهور أنه اذا كان البيت لرجل وعليه غرفة لاخر فتداعيا جدران البيت فانه يحكم به لصاحب البيت يمينه ، ولو تداعيا في جدران الغرفة ، فالقول قول صاحبه يمينه ، والوجه في ذلك أن جدران البيت جزءه ، وجدران الغرفة جزءها ، فيجب أن يحكم بهما لصاحب الجملة .

ونقل عن ابن الجني أن جدران البيت بينهما معا ، لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة ، اذ لا تعلق لصاحب البيت بها ، قال في المختلف : قال في المبسوط : لو تنازع صاحب البيت و الغرفة في حيطان البيت قضى به لصاحب البيت .

وقال ابن الجنيدي : لو كان على رأس الدرج روشن ليستطرقه صاحب العلو وهو على منزل صاحب السفلى كان الر روشن لصاحب العلو ، واجذاع السقف و بواريه وجميع آلة السقف لصاحب العلو ، والحيطان الحاملة له بينهما مع موضعها من الارض ، وكأنه نظر الى أن لكل من صاحب العلو و السفلى يدأ عليه ، و تصرفا فيه ، ولا بأس بهذا القول انتهى ، وظاهره الميل الى ما ذكره ابن الجنيدي .

وقال في المسالك أيضاً : أنه قول جيد ، لكن الاول أجود ، ولو كان التنازع في سقف البيت الذي هو أرض الغرفة فقد اختلف فيه كلامهم ، قال في المبسوط : فان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، فان حلفا كان بينهما تصفين ، والا حوط أن يقرع بينهما فمن خرج منهما حلف وحكم له به ، وقال في المختلف يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه ، وحكم له به ، وان قلنا أنه يقسم بينهما تصفين كان جائزاً ، واستدل باجماع الغرفة على أن كل مجهول يستعمل فيه القرعة ، وهذا من الامر المشتبه .

وقال ابن ادریس : يحكم لصاحب الغرفة بالسقف ، وقد تلخص من ذلك أن في المسئلة أقوالاً ثلاثة ، القول باستوائهما فيه ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، وقواء في الدروس : ووجه اشتراكهما في الاتفاغ به ، لانه سقف لصاحب البيت ، وأرض لصاحب الغرفة .

والقول بالقرعة ، وهو للشيخ أيضاً كما عرفت ، واستحسنه المحقق في الشرايع ، ووجه ما تقدم في كلام الشيخ ، وربما أورد عليه بمنع الاشتباه هنا ، لان رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم ، وعندى فيه نظر ، اذ المفروض أنه لا نص في المسئلة ، والمرجح في نظر الفقيه بمجرد هذه التخريجات لا يخرج الحكم عن الاشتباه ، ان جوزنا للفقيه الترجيح بمثل ذلك ، والا فهو محل المنع أيضاً ، فان الحكم في المسائل الشرعية موقوف على النصوص من الكتاب والسنة : فلا تثبت بمجرد هذه التقريبات العقلية سيما مع تصادمها كما عرفت في أكثر مسائل هذا الباب .

والقول الثالث الحكم به لصاحب الغرفة ، وهو مذهب ابن ادريس ، وهو الظاهر من عبارة ابن الجنييد المتقدمة ، واختاره العلامة في جملة من كتبه ، واليه يميل كلامه في المسالك ، واستدل عليه في المختلف قال : لنا أن الغرفة انما يتحقق بالسقف ، اذ هو أرضها ، والبيت قديكون بغير سقف ، وقد اتفقا على أن هنا غرفة لصاحبها ، وبدون السقف لا غرفة ، ولأن تصرفه فيها دون صاحب السفلى .

أقول : ومرجه الى أن السقف وان أمكن الاتفاح به لهما إلا أنه بالنسبة الى صاحب الغرفة أغلب ، وفي حقه أضر فيكون الترجيح باعتبار أغلبية الحاجة وأضرمتها ، ويرد عليه حينئذ أن ذلك يجري في جدران البيت الذي قد تهدم اختياره فيها القول بالاشتراك ، من حيث أن كلا منهما صاحب يد ، مع أن البيت لا يوجد الا بالجدران ، لانها اجزائه ، ولا وجود للكل بدون الجزء ، بخلاف الغرفة ، فانها يمكن أن تبنى على الاعمدة والاساطين ، ولا يتوقف على الجدران فيرجع الامر هنا الى أنهما وان اشتركا في الاتفاح بها إلا أن صاحب البيت أضره بعين مقاله في السقف : فان قيل : ان ما فرضتموه فادر ، قلنا : وجود البيت بدون السقف كذلك أيضاً ، وبذلك يظهر لك ما في بناء الاحكام الشرعية على امثال هذه التقريبات العقلية من المجازفة الظاهرة .

قال في المسالك : موضع الخلاف السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت ، أما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل ، لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ، ليكون حاملاً للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران ، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر ، فان ذلك دليل على أنه لصاحب السفلى ، فيقدم قوله فيه بيمينه . انتهى . وهو كذلك والله العالم .

المقام الرابع في مسائل متفرقة من هذا الباب

الاولى - المشهور أنه اذا خرجت أغصان الشجرة الى ملك الجار وجب على مالك الشجرة عطف تلك الاغصان ان أمكن ، والا قطعها ، لانه يجب عليه تفريغ أرض الغير وهواء من ماله كيف ما أمكن ، وان امتنع المالك من ذلك فلما لك الأرض والهواء تولى ذلك ، مقدماً للعطف على القطع ان أمكن ، ولا يتوقف مالك الأرض مع امتناع مالك الشجرة على اذن الحاكم ، لان سبيل هذا الحكم سبيل بهيمة دخلت في ملكه ، فان له اخراجها من غير توقف على اذن الحاكم ، قالوا : وهكذا الحكم في العروق .

وربما قيل : بجواز ازالة مالك الأرض لها من دون مراجعة مالك الشجرة لان ازالة العدوان عليه أمر ثابت له ، وتوقفه على اذن الغير ضرر ، ويؤيده ما تقدم من جواز اخراج البهيمة الداخلة في ملكه من غير مراجعة مالكيها ، والمفهوم من كلام العلامة في التذكرة أنه لا يجب على مالك الشجرة ازالة الاغصان المذكورة ، وان جاز لمالك الأرض ، مستنداً الى أنه ليس من فعله ، فلا يجبر على ازالته ، وهو خلاف ما تقدم من القول المشهور : ومرجع القولين الى أنه هل يجب على الانسان تفريغ أرض الغير من ماله اذا لم يكن ذلك بفعله أو لا يجب عليه ولا يخاطب به ؟ وانما يكون الحكم متعلقاً بصاحب الأرض ، فان شاء تفريغ أرضه من مال الغير فله ذلك ، وجهان : ولا يحضرنى الان دليل على ترجيح أحد الوجهين .

ولو قطع الاغصان المذكورة مالك الأرض مع امكان عطفها ضمن بلا اشكال لكن هل يضمن جميع ما قطعته أم تفاوت ما بينه وبين المعطوف اشكال ، من التعدى بالقطع فيضمنه ، ومن أن العطف حق له ، وما يفوت به في حكم التالف شرعاً ، فلا يضمن الا التفاوت ، ولعل الثاني أقرب .

وفي حكم أغصان الشجرة التراب المنتقل من ملكه الى ملك غيره ، والحائط المائل في هواء الغير فيجب المبادرة الى تخليص الأرض والهواء منهما ، ولو

ملكه التراب وقبله سلم من نقله ، وان امتنع من قبوله وجب نقله ، وان شق لما تقدم ، هكذا قالوا ، وفيه ما عرفت من التردد .

ولو صالحه على ابقاء الاغصان المذكورة في الهواء فالمشهور الصحة ، ومنع منه الشيخ ، بناء على أصله المتقدم ذكره من تفريع الصلح على البيع ، وأن الهواء تابع لايصح افراذه بالبيع ، وقد تقدم نظير هذه المسئلة في الموضع السادس من المقام الاول .

بقي الكلام هنا في أن الشيخ قد علل ذلك بعلّة اخرى ، فقال : لو صالحه على ابقاء الفصن البارز الى ملك الغير في الهواء لم يصح ان كان رطباً ، لانه يزيد في كل حال ، ولا يعرف قدره ، وكذا ان كان يابساً لانه يتبع الهواء من غير قرار وذلك لا يجوز . انتهى ، ومرجع المنع اذا كان رطباً من حيث المجعولية في المصالح عليه ، فلا بد من معلوميته .

قال في المسالك بعد قول المصنف ولو صالحه على طرحه على الحائط جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها ما لفظه : والمراد بقوله مع تقدير الزيادة أو انتهائها ان الاغصان ان كانت قد انتهت في الزيادة ، بحسب ظن أهل الخبرة صح الصلح على ايقاعها مطلقاً ، وان كانت أخذت في الزيادة فلا بد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطاً ، ولا بد مع ذلك من تقدير مدة الإقامة ، فلا يصح المؤبد على ما ذكره الجماعة . انتهى .

وحينئذ فالخلاف بينه وبين الاصحاب انما هو في صورة عدم الزيادة بأن يكون يابساً أو قد تناهت زيادته بحيث لا يزيد على ذلك بحسب نظر أهل الخبرة .
الثانية - قالوا : اذا كان لائسان بيوت الخان السفلى : ولاخر بيوته العليا ومداعيا الدرجة ، فانه يقضى بها لصاحب البيوت العليا مع يمينه ، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك الى بيوته العليا وان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب البيوت السفلى ، لان مجرد ذلك لا يوجب اليد ، وكما يحكم بها لصاحب العليا ، فكذا محلها ، هذا مع اختلافهما أيضاً في الخزانة التي تحت الدرج .
أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب البيوت السفلى ، وانما النزاع في الدرج

خاصة ، فانهم قالوا : ان الدرج حينئذ كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، فيجربى فيه الخلاف السابق ، فعلى تقدير القول ثمة بأن السقف لصاحب الغرفة ، فانه يحكم هنا بالدرجة للاعلى مطلقا ، سواء اختلفا فى الخزانة أم اتفقا على أنها للاسفل ، وانما يتجه الفرق على تقدير القول بالاشتراك ، فانه مع الاتفاق على الخزانة يجعل الدرج هنا مشتركاً بينهما كالسقف ثمة ، أما مع الاختلاف فيها فالحكم فى الدرج ما تقدم من كونها للاعلى مع يمينه .

ولو تداعيا فى الخزانة التى تحت الدرج خاصة كافا فى دعويها على السواء ، والوجه فيه أن لكل منهما شاهداً بالملك ، أما صاحب الاعلى فلائك قد عرفت أن له الدرجة : فيكون مكانها كذلك ، وان كان مكانها الهواء : لان الهواء كالقرار وأما صاحب الاسفل فلانها متصلة بملكه ، بل هى من جملة البيوت السفلى ، وحينئذ فيقضى بها لهما بعد التحالف أو النكول كما تقدم .

أقول : ويمكن ترجيح دعوى صاحب الاسفل بأن يقال : أنه قد ثبت أن الهواء تابع للقرار ، ولهذا منع الشيخ كما تقدم من بيعه والصلح عليه منفرداً عن القرار ، فالاصل فيه حينئذ أن يكون تابعاً للقرار ، ومجرد وضع الدرجة فيه لا يستلزم الملك ، وتبعيته للدرجة فى ذلك ، لانه أعم من ذلك .

ولو تداعيا الصحن قالوا : ان ما يسلك فيه الى العلو يكون بينهما ، وما خرج عن ذلك فهو لصاحب الاسفل : والوجه فيه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه الى التصرف فى قدر الممر كان له اليد عليه بذلك ، دون باقى الصحن ، فلايدله عليه ، ولما كان صاحب الاسفل يشاركه فى الاتفاغ بذلك القدر مقدماً ومجيباً كان له يد عليه أيضاً ، فاقضى ذلك الشراكة فيه ، دون ما زاد ، لاخصاص صاحب الاسفل به ، وعلى هذا لو كان المرقى الى العلو خارجاً عن الدهليز لم يكن لصاحب العلو مشاركة فى الممر ولا فى الدهليز بالكلية ، اذ لايدله على شيء منهما ولو كان المرقى فى وسط الصحن فمن أول الدهليز الى المرقى بينهما لتصرفهما فيه ، وما وراء ذلك فهو لصاحب الاسفل .

الثالثة - لو تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ، فقيل : انه يقضى بها

للراكب ، لقوة يده وشدة تصرفه بالنسبة الى القابض ، وهو قول الشيخ في المبسوط فانه قال : انه يحكم بها لأقواهما يداً وأكدهما تصرفاً ، وهو الراكب ، وبه قال المحقق في الشرايع والعلامه في المختلف .

وقيل : هما سواء في الدعوى وهو قول الشيخ في الخلاف : قال : اذا تنازعا في دابة وأحدهما راكب ، والاخر أخذ بلجامها ولم يكن مع أحدهما بينة ، جعلت بينهما نصفين ، لعدم دليل على وجوب تقديم أحدهما على الآخر . انتهى وبه قال ابن ادريس .

وقال في المسالك : ووجه التسوية اشتراكهما في اليد ، وقوتها لمدخل له في الترجيح ، ولهذا لم يؤثر في ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتى . نعم مع الراكب زيادة التصرف ، الا أنه لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً ، و تعريف المدعى والمنكر منطبق عليهما ، بتفسيراته ، وحينئذ فالقول بالتساوي أقوى بعد أن يحلف كل منهما لصاحبه اذا لم يكن بينة . انتهى .

أقول : فيه أن ما ذكره هنا جار في التنازع في السقف الذي بين الغرفة والدار السفلى ، مع أنه قد اختار هناك القول باختصاص صاحب الغرفة به لقوة يده ، فانه قال بعد نقل تعليل العلامة الذي قدمنا نقله ثمة : مالفظه ولان تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى ، والفرق بين المسئلتين غير ظاهر .

وقال في المسالك أيضاً تفريعاً على ما اختاره : ولا عبرة عندنا بكون الراكب غير معتاد قنية الدواب ، والمتشبه معتاداً لذلك : وما ذكر حكم الدابة ، أما اللجام فلمن في يده ، والسرج لراكبه .

أقول : مقتضى ترجيحهم بالقرائن في أمثال هذه المقامات كما تقدم في غير موضع أنه لا مانع من الترجيح هنا أيضاً بما منعه من كون الراكب غير معتاد لقنية الدواب ، وقابض اللجام معتاداً لذلك .

ويؤيده ما ذكره المحقق الاردبيلي هنا حيث قال : ويمكن اعتبار القرائن مثل كون الدابة بحيث يعلم عادة كونها للراكب ، دون القابض : فيحكم له

أو بالعكس .

وأما ما ذكره بالنسبة الى اللجام والسرّج فانه رده المحقق المتقدم ذكره
بالبعد ، قال : أنه يبعد أن يكون اللجام لشخص ، والدابة لآخر ، وكذا الجمل
والرّحل فالحكم غير واضح ، انتهى .

أقول : ويؤيده ما تقدم في غير مقام من أن الأحكام انما تبنى على الافراد
المتكررة الغالبة ، دون الفروض النادرة .

وكيف كان فان الحكم في هذه المقامات بمجرد هذه التعليقات من غير
وجود نص واضح لا يخلو من مجازفة . والله العالم .

الرابعة - قيل : لو تنازعا توباً في يديهما لكن في يد أحدهما أكثره ،
فهما سواء فيه لاشتراكهما في مسمى اليد ، ولا ترجيح لقوتها : والفرق بين هذه
المسئلة وسابقتها عند هذا القائل هو أن التصرف الذي كان مع الراكب
بالركوب زائداً على اليد ، منتفياً هنا فاختلف الحكم لذلك .

وأما على ما ذكره في المسالك في ما قدمنا نقله عنه من أنه يثبت شرعاً
كونه مرجعاً يصير حكم المسئلتين من باب واحد ، فيحكم بالتساوي فيهما بعد
حلف كل منهما لصاحبه ، قال في المسالك : نعم لو كان أحدهما لابساً للثوب
والآخر ممسكاً به كمسألة الراكب والقابض ، لزيادة تصرف اللابس على اليد ،
وربما قيل هنا : بتقديم اللابس ، لان الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه ، الا وهو غالب
مستقل باليد انتهى .

أقول : الظاهر أن هذا القول هنا يجري مجرى القول بتقديم الراكب في
مسئلة تنازع الراكب والقابض ، لانهما مشتركان في زيادة التصرف بالركوب
واللبس على مطلق اليد في كل من الموضعين ، ومقتضى ما ذكره في المسالك في
تلك المسئلة من عدم ثبوت الترجيح بذلك ، ينبغي ان يجري في هذا الموضع
بمقتضى حكمه بالمساواة بين المسئلتين ، الا أنه أغمض النظر هنا عن ذلك ، وربما

أشعر كلامه هنا واعراضه عن المناقشة بأن الحكم في الراكب والقابض هو ترجيح الراكب ، مع أنه خلاف ما قدمه ، و سيأتي انشاء الله تعالى ما يوضح ذلك أيضاً .

الخاصة - لو تداعيا جملاً كان بيديهما بان كانا قابضين لزمهما ، ونحو ذلك مما يكون به كل واحد منهما ذايد ، ولا حدهما عليه حمل ، قالوا : ان القول قول صاحب الحمل ، لان وضع الحمل يستدعي كمال الاستيلاء ، فيرجح به صاحبه ، ولو كان لاحدهما حمل ، ولا يد للآخر فانه لاشبهة في الترجيح لصاحب الحمل ، ولو كان أحدهما قابضاً لزمام الحمل ، وللآخر عليه حمل ، كان كمسئلة الراكب والقابض ، بل الحمل أقوى دليلاً على كمال الاستيلاء من الركوب . فان الركوب أسهل تعلّقاً من الحمل ، ولم ينقلوا في هذا الحكم خلافاً ، وظاهره في المسالك القول بذلك على جميع هذه الوجوه ، خصوصاً أنه قال بعد ذكره نحوه ما ذكرناه ، وفي الدروس جعل حكم الراكب ولابس الثوب وذى الحمل سواء في الحكم ، وهو كذلك انتهى ونحوه في الروضة .

وفيه كما ترى مخالفة ظاهرة لما قدمه في مسألة الراكب والقابض ، حيث اختار التساوي ثمة ، وطعن في زيادة التصرف بالركوب بأنه لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً ، وفي هذا الموضع وافق الدروس في حكمه بترجيح الراكب واللابس وذى الحمل ، وتقديم قول كل منهما يمينه ، فانه قد صرح في الدروس واللمعة بذلك ، والمسلتان في صفحة واحدة ليس بينهما الأسطر يسيرة ، ومثل ذلك وقع له في الروضة أيضاً ، وهو عجيب من مثله (قدس سره) .

السادسة - قالوا : لو تداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها الى غرفة الاخر كان القول قول صاحب البيت ، لانهما موضوعة في ملكه ، فان هواء بيته ملكه ، لانه تابع للقرار ، ومجرد فتح الباب الى الغير لا يثبت به اليد ، ولا الملك ، فيقدم صاحب البيت يمينه ، هذا اذا لم يكن من اليه الباب متصرفاً في تلك الغرفة بالسكنى ونحوه ، والاقدم قوله ، لان يده عليها بالفعل ، فان التصرف مقتضى لذلك ، ويد صاحب

الهواء انما كانت بالتبعية ليدفع على القرار ، واليد الفعلية اقوى من التابعة ، ويحتمل
التساوى لثبوت اليد من الجانبين وعدم تأثير قوة اليد كما تقدم .
أقول : والحكم الاول لاشكال فيه وأما الثاني فانه لا يخلو من الاشكال ، وان
كان ما ذكره اقرب . والله العالم .



كتاب الشركة

وهي بكسر الشين واسكان الراء وبفتح الشين وكسر الراء : وبالبحث في هذا الكتاب يقع في فصول .

الاول - في حقيقة الشركة وما يتبعها ، وفيه مسائل : الاولى - قد عرفت المحقق في الشرايع الشركة بأنها اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياخ ، وسواء العلامة في التذكرة .

وقال في التذكرة أيضاً : وسببها قد يكون ادثاً أو عقداً أو مزجاً أو حيازة بأن يقتلما شجرة أو يغرق فاماء دفعة ، وظاهر الشهيد الثاني في المسالك اعترافهم فيما ذكره من هذا التعريف ، حيث قال : ان الشركة تطلق على معينين ، أحدهما - ما ذكره المصنف ، وهذا المعنى هو المتبادر من الشركة لغة وعرفاً ، لأنه لا مدخل له في الحكم الشرعي المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المقترة الى الايجاب والقبول ، والحكم عليها بالصحة والبطالان ، فان هذا الاجتماع يحصل بعقد و غيره بل بغيره أكثر ، وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياخ فيه ، وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ، ويلحقها الصحة والبطالان .

واليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل : يبطل الشركة ، أعنى الشرط والتصرف ، وقيل : يصح ، ولقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره ،

لأنها المقصود بالذات هنا ، أو ينبه عليهما معاً على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتها وأحكامها ، ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الأول الى آخر كلامه .

أقول : لا يخفى على من تأمل الاخبار الجارية في هذا المضمار أنه لا يفهم منها معنى للشركة غير ما ذكره الفاضلان المتقدمان ونحوهما ، كالشهيد في اللعة وغيره ، وهو المتبادر لغة وعرفاً من لفظ الشركة ، وهذا المعنى الثاني الذي ذكره لا يكاد يشم له رائحة منها بالمرّة .

ومن الاخبار الواردة في الباب صحيحة هشام بن سالم (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) ، قال : سألت عن الرجل يشاركه في السلعة ، قال : ان ربح فله ، وان وضع فعليه .

و موثقة محمد بن مسلم (٢) «عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها فاتى رجلاً من أصحابه فقال يا فلان انقدعني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك فنقد عنه فنقدت الدابة ، قال : ثمنها عليهما لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما ، وبمضمون هذه الرواية اخبار عديدة (٣) . وصحيحة ابن رثاب (٤) «قال : قال أبو عبدالله (عليه السلام) لا ينبغي للرجل المسلم ان يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه ودية ولا يضيفه المودة» .

ورواية الحسين بن المختار (٥) «قال : قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه أنه قد اختار منه شيئاً ، أله أن يأخذ منه مثل الذي أخذ من غير أن يبين له ؟ فقال : شوه ، لهما إنما اشتركا بأمانة الله وأني لأحب له ان

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣ ح ٧٢ والوسائل ج ١٣ ص ١٧٤ ح ٢٥١

(٣) الظاهر من رواية محمد بن مسلم وأمثالها أن منشأ الشركة هنا وسببها هو الصلح على أن ينقد عنه ثمن المبيع ويشركه فيه بالإنصاف . منه رحمه الله .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١ الكافي ج ٥ ص ٢٨٦ ح ١ الوسائل ج ١٣

ص ١٧٦ ح ١

(٥) التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٥ الوسائل ج ١٣ ص ١٧٨ ح ١

رأى منه شيئاً من ذلك أن يستر عليه وما أحب له أن يأخذ منه شيئاً بغير علمه» (١) الى غير ذلك من الاخبار الآتية في محالها انشاء الله تعالى .

فهل تجدد للشركة فيها معنى غير المعنى الاول ، وهو اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الاشاعة ، وأي قرينة فضلا عن الدلالة على العقد المذكور . نعم قد يكون سببها العقد كما تقدم بان يشتري اثنان مالا انصافاً أو اثناناً أو يشتري نصف حيوان بنصف حيوان آخر ، وقد يكون سببها الارث ، ونحوه مما تقدم ، وعرفها بعضهم شرعاً بأنها عقد جائز من الطرفين ، الى آخر ما تقدم في كلام الشهيد الثاني ، و أنت خبير بما ذكرنا بأنه لا عقد بالكلية ولا عقد ، و انما الشركة هي اجتماع الاموال على الوجه المذكور ، فلامعنى لوصفه بالجواز .

نعم ، البقاء على حكمه أمر جائز بمعنى أنه لا يجب عليه الصبر على الشركة ، بل يجوز رفعها ، وأخذ حصته ، ثم بعد اجتماع هذه الاموال واشتراكها وامتزاجها لا يصح لاحد الشركاء التصرف فيها الا باذن باقي الشركاء ، واذا أذن كل منهم لصاحبه صح التصرف في مال نفسه ومال غيره ، وهذه ثمرة العقد عندهم .

قال في التذكرة : الثاني الصيغة ، وقد بينا أن الاصل عصمة الاموال على أربابها وحفظها لهم ، فلا يصح التصرف فيها الا باذنه ، وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه ، فاشتراط اللفظ الدال على الاذن في التصرف والتجارة ، فاذا أذن كل واحد منهما لصاحبه صريحاً فلا خلاف في صحته .

(١) الظاهر أن النهي في هذه الرواية عن أخذ عوض ما خانه محمول على الكراهة ويشير اليه قوله وما أحب والامر بالستر عليه و بذلك صرح ابن اديس في كتابه حيث قال : ومتى عثر احد الشريكين على صاحبه بخيانة فلا يدخل هو في مثلها اقتصاصاً منه ، وذلك على طريق الكراهة دون الحظر لانه اذا تحقق أخذ ماله وعلم ذلك يقيناً فله أخذ عوضه ، وانما النهي على طريق الكراهة والاولى والاقتضاه انتهى . وقال ابن الجنيّد اذا وقف أحد الشريكين على أن شريكه قد خانه لم يجزله أن يخونه ، وهو صريح في التحريم والظاهر هو الاول وبه صرح العلامة في المختلف ايضاً . والله العالم . منه رحمه الله .

اتتهى .

وظاهره بل صريحه كما ترى أن مجرد الأذن كافى فى جواز التصرف والتجارة ونحو ذلك ، وإن عبّر عنه بلفظ الصيغة الموهمة للعقد .

ومثل هذا الكلام كلام الشهيد فى اللمعة أيضاً حيث قال : كتاب الشركة وسببها قد يكون ارثاً أو عقداً أو مزجاً بحيث لا يتميز ، الى أن قال : وليس لاحد الشركاء التصرف الا بأذن الجميع ، لقبح التصرف فى مال الغير ويقتصر على التصرف المأذون ، فإن تعدى ضمن ، قال الشارح بعد ذكر هذه العبارة الثانية : واعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك فى المال الواحد على أحد الوجوه السابقة ، كذلك تطلق على العقد المشرى جواز تصرف الملاك فى المال المشترك ، وبهذا المعنى اندرجت الشركة فى قسم العقود ، وقبلت الحكم بالصحة والفساد ، لا بالمعنى الاول ، والمصنف أشار الى المعنى الاول بما اقتضى به من الاقسام ، والى الثانى بالأذن المبحوث عنه هنا . انتهى .

أقول : مرجع كلامه السابق وكلامه هنا الى أن ارتكاب هذا التكلف انما هو لاجل ادخال الشركة فى قسم العقود ، حيث نظموها فى هذا السلك ، وفيه أن هذا انما يتم لو ثبت ذلك شرعاً أو لغة أو عرفاً ، وشئ من هذه الامور غير حاصل . أما عدم ثبوت الاخيرين ، فقد اعترف به فيما مضى من كلامه .

وأما الاول فلما عرفت من الاخبار ، اذ لا استفاد من لفظ الشركة فيها أزيد من هذا المعنى اللغوى والعرفى ، نعم يتوقف التصرف بعد حصول الشركة بالمعنى الذى ذكرناه على الأذن ، وما يقع منهما عليه التراضى فى التجارة ونحوها من التصرفات ، وتبعية الربح لرأس المال ونحو ذلك ، وبذلك يتم المقصود وإن لم يدخل فى باب العقود ، وهذا هو المفهوم من كلام الفضلاء المذكورين .

وأما قوله ان الشهيد فى اللمعة أشار الى العقد الذى ادعاه بقوله : « وليس لاحد الشركاء التصرف الا بأذن الجميع » بمعنى أن المراد بالأذن

العقد ، و حاصله أن لا يجوز التصرف الا بالعقد ، ففيه أن الاذن ليس منحصرأ في اللفظ ، فضلا عن العقد المشتمل على قيود كثيرة ، وأحكام عديدة ، بل يحصل بالاشارة والكتابة والفعل .

وبالجملة فالمراد أن المدار على العلم بالرضا بأى نحو كان ، وعليه يترتب الاحكام التى جعلها منوطة بالعقد ، والظاهر أن هذا هو مراد أولئك الفضلاء حيث عرفوها بالتعريف الاول الراجع الى أن الشرية الحقيقية هي الاجتماع ، وعقبوه بذكر الاذن اشارة الى أن الاحكام يترتب على الاذن فى التصرف فى المال المشترك وأنه بذلك يصير عقداً جائزاً ، فاطلاق العقد عليه تجوز ، وهو باب واسع فى الكلام والا فانه لا عقد ولا عاقد كما أوضحناه فى المقام . والله أعلم .

المسئلة الثانية - قال فى التذكرة: أركان الشرية ثلاثة ، الاول المتعاقدان ويشترط فى كل منهما البلوغ ، والرشد ، والعقد ، والاختيار ، والقصد ، وجواز التصرف ، و الضابط أهلية التوكيل والتوكل ، لان كل واحد من الشريكين متصرف فى جميع المال ، أما فيما يخصه فيحق الملك ، وأما فى مال غيره فيحق الاذن (١) من ذلك الغير ، فهو وكيل عن صاحبه ، وموكل لصاحبه فى التصرف فى ماله ، فلا يصح وكالة الصبى ، لعدم اعتبار عبارته فى نظر الشرع ، ولا المجنون ولا السفیه ، ولا المكروه ، ولا الساهى والغافل والنائم ، ولا المفلس المحجور عليه ، لانه ممنوع من جهة الشرع من التصرف فى أمواله ، ولا يفرق بين من يأذن من له الولاية عليهم فى ذلك أولا الا المفلس ، فانه اذا أذن له الحاكم فى التوكيل أو التوكل جاز ، وكذا السفیه ، الى أن قال : الثانى الصيغة الى آخر العبارة المتقدم نقله عنها آنفاً .

ثم قال بعدها : ولو قال كل واحد منهما : اشترى كذا واقتصر عليه مع قصد هما

(١) قوله فيحق الاذن من ذلك الغير فيه تأييد لما قلناه من أنه ليس المدار الا على الاذن وان سموه عقداً مجازاً كما عبر به فى صدر الكلام بقوله الاول المتعاقدان وكذلك قوله الثانى الصيغة ومرجع جميع ذلك الى الاذن بأى نحو كان . منه رحمه الله .

الشركة بذلك ، فالأقرب الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف به من الجانبين ، لفهم المقصود عرفاً وهو أظهر وجهي الشافعية ، وبه قال أبو حنيفة ، والثاني - أنه لا يكفي لقصور اللفظ عن الأذن ، واحتمال قصد الاختبار عن حصول الشركة في المال ، من غير الاختيار بأن يمتزج المالان بغير رضاها .

إلى أن قال : الثالث : المال ، يشترط في المال المعقود عليه الشركة أن يكون متساوي الجنس ، بحيث لو مزج ارتفع الامتياز بينهما ، وحصل الاشتباه بينهما سواء كان المال من الأثمان أو العروض ، كما لو مزج ذهب بذهب مثله ، أو خنطة بمثلها ، أو دخن بمثله ، إلى غير ذلك مما يرفع فيه المايز بينهما ، ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير ، لانهما أثمان الأموال والمبيعات ، و لم يزل الناس يشتركون فيها في زمن النبي (صلى الله عليه واله وسلم) إلى وقتنا هذا من غير تكثير أحد في صقع من الأصقاع أو عصر من الأعصار فكان اجماعاً .

وأما العروض عندنا يجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور ، سواء كانت من ذوات الامثال ، أو من ذوات القيم ، إلى أن قال : مسألة : لاصح الشركة بالامزج الماليين ، وعدم الامتياز بينهما عند علمائنا فالخلطة شرط في صحة الشركة ، ومتى لم يختلطاً لم يصح ، وبه قال الشافعي ، ثم نقل عن أبي حنيفة أنه ليس من شرط الشركة خلط الماليين ، بل متى أخرجوا الماليين وإن لم يمزجاء وقالوا قد اشتركتنا انعقدت الشركة ، لان الشركة إنما هي عقد على التصرف ، فلا يكون من شرطها الخلط كالكالة . انتهى المقصود من نقل كلامه .

أقول ، أما ما ذكره في المتعاقدين من الشروط فبيد ، إلا أن قوله « لان كل واحد من الشريكين متصرف » إلى آخره ، فيه أن ذلك غير معتبر في الشركة ، بل يكفي جواز التصرف من أحدهما بعد أذن الآخر ، وكذا قوله « في السقيه بجواز التصرف مع اذن الحاكم كالمفلس » فان فيه اشكالا ، فانه ليس له أهلية التصرف والمعرفة بالمعاملات وكيفية حفظ مال نفسه ، فكيف يسلمه الحاكم على تصرفه في مال نفسه وغيره .

وأما قوله في الركن الثاني «وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه»، فقد عرفت ما فيه من أن الاذن لا ينحصر في اللفظ، فضلا عن العقد المخصوص، ثم لا يخفى أن الشركة بهذا المعنى الذي ذكره واعتبر فيه هذه الأركان الثلاثة وهي التي يبحث عنها في هذا الكتاب انما هي الشركة المسببة عن المزج، دون غير هاهما كان سببه الميراث أو الحيازة أو العقد مع أن هذه الأفراد سيما الثالث منها مما دلت الاخبار عن جريان بعض أحكام الشركة فيه، مثل كون الربح بينهما، أو النقص عليهما ونحو ذلك. ثم انه لا يخفى أيضاً أن الظاهر من كلامهم أن المراد بالشركة - ما امتزج من المالكين واشتبه فيه التمييز بين الحقوق بحسب الظاهر، لا ما كان كذلك بحسب الواقع ونفس الامر، بمعنى أن يصير كل جزء جزء من ذلك المال المشترك كذلك في نفس الامر: فان الغالب من أسبابها المزج، وقد صرح في التذكرة فيما قدعنا نقله عنه بان ذلك أعم من أن يكون في الائتمان، أو العروض التي من ذوات الامثال مثل الحنطة والدخن.

نعم قد يتحقق الاشتراك النفس الامرى في الميراث. وشراء شيء بالاشتراك ونحو ذلك، ومن هنا يظهر من المحقق الأردبيلي المناقشة في اشتراط اتحاد الجنس، حيث قال: فان الشركة بالمعنى المتقدم (١) تجري في غير المتجانسين أيضاً، حيث ارتفع الماييز، وحينئذ فما ذكره في التذكرة في الركن الثالث في بيان المال الذي تجري فيه الشركة حيث اشترط تساوى الجنس في المال المشترك ائمانا وعروضا - محل تأمل، فانه متى ثبت أن الشركة تحصل بمجرد المزج الموجب لعدم تمييز الحقوق، وان لم يكن كذلك في نفس الامر، صح أيضاً حصول الشركة في غير المتجانسين أيضاً عند ارتفاع المائز، وحصول الاشتباه، وأيده أيضاً بأن المدار في حصول الشركة على الاشتباه وهو حاصل في الموضعين فانه قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا في المتجانسين أيضاً (٢) وهو واضح.

(١) ومراده بالمعنى المتقدم هو الشركة ظاهراً دون نفس الامر. منه رحمه الله
(٢) قوله قد يحصل التفاوت في المتجانسين الى آخره جواب عن سؤال مقدد وهو أن عدم حصول الشركة فيما لو كانا مختلفين غير متجانسين لحصول التفاوت قيمة ووصفاً مع الاختلاف. منه رحمه الله.

وأيضاً لا شك في تحقق الاذن في التصرف على وجه الشركة بالشراء بالعين
المماثل وغيره ، فتحصل فائدة الشركة بل يحصل ذلك مع الامتياز أيضاً ، الا أنه
يكون الشركة باعتبار القيمة فلامانع منها حينئذ .

أقول : ان كان مراده بما ذكره في غير المتجانسين من حصول الاشتباه وعدم
المائز الذي جعله مناطاً للشركة ، باعتبار عسر التمييز بينهما ولو مجازاً ، فما
ذكره محتمل ، والا فانه مع اختلاف الجنس لا اشتباه ، بل التمييز حاصل ،
فانه متى خلط حنطة بشعير ، فان الامتياز حاصل ، والاشتباه مرفق الا انه يعسر تخليص
احدهما من الاخر فدعوى حصول الاشتباه وعدم المائز لا يتم الا اذا كان باعتبار ما ذكرناه من
التجوز عن عسر تخليص أحدهما من الاخر ، وان كان الجميع مشتركاً في الاشتراك
الظاهري ، دون النفس الامري ، فان كلامنا المشترك في الجنس كحنطة بحنطة .
أو المختلف كحنطة بشعير ، الاشتراك فيه انما هو بحسب الظاهر ، لا نفس الامر .

وبالجملة فان كلامه هنا لا يخلو من اجمال ، وظاهره الميل الى ما قدمنا
نقله عن أبي حنيفة من عدم اعتبار الامتزاج ، وأنه تصح الشركة مع الامتياز ،
وأنت خبير بانالم نظفر لهم بدليل على ما ذكره من شرط التجانس ، ولا شرط
الامتزاج ، بل ظاهر الاخبار العموم ، كما أنك قد عرفت أيضاً أنه لا دليل على
العقد الذي ادعوه ، وأن الشركة شرعاً عبارة عن ذلك العقد ، والمفهوم من ظواهر
الاخبار أنه اذا اشتركا في مال واتجرا به ترتبت عليه أحكام الشركة ، سواء كانت
ثمة عقداً لم يكن ، اتفق المال جنساً أو اختلف ، مزج بعضه ببعض أم لم يمزج .
ومنها رواية حسين بن المختار المتقدم ، وحسنه الحلبي (١) عن أبي عبد الله
(عليه السلام) في رجلين اشتركا في مال فربح أحدهما وكان من المال دين ، الحديث
وقد تقدم في كتاب الدين .

وبالجملة فان أبحاثهم وتفرعاتهم في هذه المواضع الخالية من النصوص
قد جردوا فيها على أبحاث مخالفيهم في ذكرها ، والبحث عنها ، ورجعوا منها ما

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٤١ ح ٧ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٦٥ ح ١

رجعوه بأفكارهم ، وردوا ماردوه بذلك ، حيث أن كتب متقدمي الاصحاب خالية من هذه الابحاث ، وهذه الفروع مقصورة على الاخبار كما لا يخفى على من جاس خلال الديار ، وأول من سلك هذه الطريقة الشيخ (رحمة الله عليه) وتبعه من تأخر عنه . والله العالم .

تذنيب : قال في التذكرة : يكره مشاركة المسلم لأهل الذمة من اليهود والنصارى والمجوس وغير أهل الذمة من سائر اصناف الكفار عند علمائنا .

أقول : ويدل عليه صحيحة ابن رثاب (١) المتقدمة في المسئلة الاولى .

وما رواه الكافي عن السكوني (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) أن أمير المؤمنين (صلوات الله عليه) كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي ، لأن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم ، و مورد الروايتين الذمسي ، (٣) ولعل دخول سائر الكفار في الحكم المذكور من باب الاولوية ، لانه اذا ثبت ذلك في أهل الذمة فغيرهم من سائر اصناف الكفار بالطريق الاولى .

المسئلة الثالثة - الشراكة قد تكون في عين ، وهو ظاهر ، وقد تكون في منفعة كالاجارة والحبس والسكنى ، وقد تكون في حق كالاشتراك في الخيار ، والشفعة بالنسبة الى الورثة ، والقصاص والرهن والحدود قد تقدم أن سببها قد يكون ارثاً وهو يجري في الاقسام الثلاثة السابقة ، بأن يرثا مالا ، أو يرثا منفعة دار استأجرها مورثهم ، أو منفعة عبد موصى بخدمته ، أو يرثا حق شفعة أو خيار أو رهن ، وقد يكون سببها عقداً ، وهو يجري ايضاً في الاقسام الثلاثة المذكورة ، فجريانه في العين بأن يشتري داراً وفي المنفعة بأن يستأجرها ، وفي الحق بأن يشتري

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٦ ح ١ باب مشاركة الذمي والتهديب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٦ ح ٢ ، وهما في الوسائل ج ١٣ ص ١٧٦ ح ٢١

(٣) ومنها روايات عديدة نقلت في كتاب الدين وهي بهذا المضمون في رجلين بينهما مال من دين ومنه عين فاقسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بفضه وخرج الذي للآخر يرد على صاحبه قال : نعم ما يذهب ماله . منه رحمه الله .

بخيار ، وقد يكون حيازة ، وهو انما يتصور في العين خاصة .

وسببية الحيازة اما بأن يشتركا في نصب حباله الصيد المشترك ، ورمى السهم المثبت له فيشتركان في ملكه ، أو بأن يقتلعا شجرة أو يفتروا ماء دفعة ، فانه يتحقق الشركة بذلك في الجملة ، الا أنه يكون لكل منهما من ذلك المحاز بنسبة عمله ، ويختلف ذلك بالقوة والضعف ، ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص الصلح ، وما كان من الحيازة على غير الوجوه المذكورة فانه يختص كل بما حازه على الاظهر .

هذا مع تميزه ، لانه في معنى شركة الابدان ، وهى جائزة على الاشهر الاظهر ، اما مع امتزاجه فانه يكون مشتركا ، لكن لامن حيث سببية الحيازة ، بل من حيث المزج الذى هو أحد الاسباب كما عرفت ، كما لو امتزج المالان وهو خارج عن محل الفرض .

وقد يكون مزجا وهو انما يتصور في العين خاصة ، وينبغي أن يعلم أن سببية المزج في الشركة أعم من أن يكون المزج اختياراً أو وقع ذلك اتفاقاً ، بأن وقع أحد المالكين على الآخر وامتزجا على الوجه المعتبر في الشركة ، فانه يثبت بذلك الشركة ، وضابط الامتزاج الذى يثبت به الشركة عدم التميز ، فلهذا اعتبر فيه الاتفاق في الجنس والصفة عندهم ، فلولم يكونا من جنس واحد وتحقق الامتياز وان عسر التخلص كما في مزج الحنطة بالشعير فانه لا شركة هنا ، ومثله الدخن بالسهم ، وكذا لولم يكونا على صفة واحدة كحبة الحنطة الحمراء بغيرها ، فانه لا شركة أيضاً .

ويأتى على ما تقدم نقله عن المحقق الاردبيلي حصول الشركة وساحتها في الموضوعين المذكورين الا أن قد عرفت ما فيه ولا فرق فيما ذكرنا من حصول الشركة بالامتزاج على الوجه المذكور بين الاثمان والعروض المثلية ، كالحنطة وغيرها من الحبوب ، وهو اجماعى عندنا ، ولم ينقل الخلاف هنا الا عن بعض العامة

حيث خص ذلك بالاثمان كالمضاربة (١)

بقي الكلام في العروض الغير المثلية كالثوب والخشب و العبد ونحو ذلك ، فهل يتحقق فيه الشركة بالمزج أم لا ؟ وانما يتحقق بالارث والعقد ، وبالأول منهما صرح في التذكرة ، حيث قال : تذييب ، اذ اشتر كافيما لامثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة و كان المال بينهما ، فان علمت قيمة كل واحد منهما كان الرجوع الى نسبة تلك القيمة ، والتساوي عملاً باصالة التساوي انتهى .

و الثاني ظاهر المحقق في الشرايع ، حيث قال : أما ما لامثل له كالثوب والخشب و العبد فلا يتحقق فيه المزج ، بل قد تحصل بالارث أو أحد العقود الناقلة .

وظاهره في المسالك الميل الى ما ذكره العلامة في التذكرة ، حيث اعترض المصنف هنا ، فقال : في عدم تحققه بالمزج مطلقاً منع بين ، بل قد يتحقق كالثياب المتعددة المتقاربة في الاوصاف ، والخشب كذلك ، فيتحقق الشركة فيه والضابط عدم الامتياز ، ولا خصوصية للمثلي والقيمي في ذلك . انتهى .

ثم انه على تقدير القول الاول من ثبوت الشركة هنا فان علم قيمة ما لكل واحد منهما كان الاشتراك بنسبة القيمة ، فان لم تعلم فهل يحكم بالتساوي ؟ لانه الاصل أم يرجع الى الصلح ، قولان : أولهما صريح عبارة التذكرة المتقدمة ، وثانيهما اختياره في المسالك ، وهو أيضاً ظاهر المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد حيث قال بعد الكلام في معنى عبارة التذكرة المذكورة : ما لفظه ، الا أن في الحكم - مع عدم العلم بالقيمة - بالتساوي - للاصل محل التأمل ، بل ينبغي هنا الصلح

(١) هذا الخلاف من بعض العامة انما هو بالنسبة الى الشركة شرعاً لا بالنسبة الى

المعنى المشهور المفهوم منهالة وعرفاً فانه لا خلاف بين الخاصة والعامة في تحققها بمجرد الامتزاج كيف اتفق مع التماثل . منه رحمه الله .

والتراضى ، فان مساواة الاعراض بحسب القيمة مع تخالف الجنس نادر ، والاصل لا يقتضى ذلك . نعم مع التشاح وعدم الرضا بالصلح ، لاوجه للخلاص سوى ما ذكره ، فيقسمان جميع المال قسمة متساوية مع عدم العلم بالتفاوت أصلا ، ومعه و مع الاشتباه يمكن القرعة انتهى .

وأنت خير بما فى قوله : «فان مساواة الاعراض بحسب القيمة مع تخالف الجنس نادر» من الغفلة ، فان الجنس هنا غير مختلف ، انمحل البحث فى القيمى كالتياب والخشب ونحوها ، بمعنى أن المشترك بينهما ثياب متقنة فى الاوصاف ، أوخشب كذلك ، أو نحو ذلك .

و على تقدير القول الثانى من عدم ثبوتها بالمزج فى الصورة المفروضة ، فلو أراد الشركة باع كل منهما حصته مما فى يده بحصته مما فى يد الآخر ، ومثله ما لو أرادا الشركة فى المثلى مع اختلاف الجنس أو الوصف .

ومثل هذه الحيلة فى حصول الشركة ما لو وهب أحدهما صاحبه حصة من ماله وذهب الآخر كذلك أو باعه حصته بثمن معين ثم اشترى به حصته من الآخر ، والمراد من الشركة فى جميع هذه الصور الشركة المشهورة لا الشركة الخاصة التى هى عبادة عن الاذن فى التصرف . والله العالم .

المسئلة الرابعة - قال فى التذكرة : الشركة على أربعة أنواع ، شركة العنان وشركة الابدان ، وشركة المفاضلة ، وشركة الوجوه ، فأما شركة العنان فهى أن يخرج كل مالا ويمزجاء ، و يشترطا العمل فيه بأبدانهم ، الى أن قال : وأما شركة الابدان بان يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبون بأيديهم ، كالصناع يشتركون على أن يعملوا فى صناعتهم ، فماد رزق الله فهو بينهم على التساوى ، أو التفاوت .

وأما شركة المفاضلة فهو أن يشتر كالىكون بينهما ما يكتسبان ، ويربحان و يلتزمان من غرم و ما يحصل لهما من غنم ، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرض جناية ، وضمان غصب ، وقيمة متلف ، وغرامة لضمان أو كفالة ، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث ، أو يجده من ركاز أو لقطه ، أو يكسبه

شركة المفوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما .

وأما شركة الوجوه فقد فسرت بمعان ، أشهرها أن يشترك اثنان وجهان عند الناس لآمال لهما ، لبيتاعا في الذمة الى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما ، فيبيعه ويؤديا الاثمان ، فمافضل فهو بينهما ، وقيل : أن يبتاع وجهه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ، ويشترطان أن يكون الربح بينهما ، وقيل ان يشترك وجه لآمال له ، وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجهه والمال من الخامل ، ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجهه ، والربح بينهما ، وقيل : أن يبيع الوجهه مال الخامل بزيادة ربح ، ليكون بعض الربح له ، ولا يصح شيء من أنواع الشركة سوى شركة العنان انتهى كلامه (قدس سره) .

والكلام هنا يقع في مواضع : الاول - أن ما ذكره من أنه لا يصح شيء من هذه الأنواع سوى شركة العنان هو المشهور بين الاصحاب ، وقال ابن الجنيدي : لو اشترك رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا ويبيعا بوجههما جاز ذلك ، ولو اشترك رجلان وكان من عند أحدهما بذو و بقر ، وعلى الآخر العمل والخراج ، كانت الشركة جائزة بينهما ، ولو اشترك رجلان على أن يعملوا عملا لكل واحد منهما فيه عمل منفرد (١) أو أن يكون يديهما جميعا في العمل ، وتقسم الاجرة بينهما لم أجز ذلك ، لان الاجرة عوض عن عمل ، فاذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستحقه ، فان تشاركوا الفضل وتحالا ، أو ضمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الآخر من غير شركة جاز انتهى . وهو ظاهر في جواز شركة الوجوه ، وشركة الابدان على التفصيل المذكور :

(١) قال في المسالك : لا خلاف عندنا في بطلان شركة الاعمال الا ان ابن الجنيدي حيث أجازها مع تشاركهما الفضل أو عمل أحدهما وقسمته على الآخر من غير شركة ، مع أنه راجع الى بطلانها لان تداركهما الفضل بعد مزج الاجرتين وتحالهما أمر خارج عن صحة هذه الشركة وكذا لو تبرع أحدهما عن الآخر بمشاركته في أعماله انتهى . وهو جيد . منه رحمه الله .

وان شركة الوجوه عبارة عن المعنى المشهور المذكور في كلام العلامة .
قال العلامة في المختلف - في مقام الرد عليه : لنا اجماع الفرقه ، وخلاف
ابن الجنيدي غير معتد به ، لانقرضه ، وحصول الاتفاق بعده ، ولان الاصل عدم الشركة ،
وبقاء حق كل واحد عليه ، ولانه ضرر عظيم ، ولان الشركة عقد شرعي يتوقف
على الاذن فيه . انتهى .

والمفهوم من كلامه وكذا غيره من الاصحاب هو بطلان الشركة في جميع
الانواع المتقدمة ما عدا شركة العنان ، وظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا
في بعض المواضع حيث قال : بعد نقل قول العلامة في التذكرة : واما شركة
الابدان فعندنا باطلة ، سواء اتفق عملهما أو اختلف ، بأن يكون كل واحد منهما
خياطاً ، ويشتركا في فعل الخياطة ، أو يكون أحدهما خياطاً والاخر تجاراً ، أو
يعمل كل واحد منهما في صنعة ، ويكون الحاصل بينهما ، وسواء كانت
الصنعة البدنية في مال مملوك ، أو في تجصيل مال مباح ، كالاصطياد والاحتشاش
والاحتطاب .

فقال المحقق المشار اليه ولا يظهر دليل على عدم الجواز ، سوى الاجماع ، فان
كان فهو ، والا فلما منع ، فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور (١) و تمليك
مال في البعض الاخر ، وبذل نفس وعمل في مقابله عوض ، ولامانع منه في العقل
والشرع ، ولهذا جوز بعض أقسامها بعض العامة ، ثم نقل عنه أيضاً أن شركة
المفاوضة عندنا باطلة ، وليس لها أصل ، وبه قال الشافعي ، ومالك ، ثم نقل عنه
أيضاً في شركة الوجوه أنها عندنا باطلة ، وبه قال الشافعي ومالك ، ثم قال : والبحث
فيهما مثل ما تقدم فتأمل . انتهى .

(١) الظاهر ان الرجوع الى الوكالة في مثل الشركة في الاحتطاب ونحوه فان
كلاهما جعل الاخر وكيل عنه في ذلك وتمليك المال في مالوتبرع أحدهما في ماله وأعطى
شريكة حصة من الربح فانه يرجع الى تمليك مال وأما الثالث فلا أعرف له وجهاً
منه رحمه الله .

و كلامه لا يخلو من غموض وخفاء ، وان سلم صحة ما ذكره ، الا أن دخوله تحت لفظ الشركة بأي المعنيين محل اشكال .
وأما ما ذكره ابن الجنيّد من أنه لو اشترك رجلان وكان من عند أحدهما بذر وبقر ، وعلى الآخر العمل والخراج ، كانت الشركة جائزة بينهما ، فهو خلاف ما يفهم من كلام الاصحاب ، بل الظاهر أنه لا شركة هنا ، وإنما الحاصل لصاحب البذر ، وللمعامل الاجرة .

قال في التذكرة : لو كان لواحد البذر ، وللآخر الدواب ، ولثالث الأرض ، واشترى كوا مع رابع ليعمل ، ويكون الحاصل بينهم فالشركة باطلة ، والنماء لصاحب البذر ، وعليه أجرة المثل لصاحب الأرض ، عن أرضه : ولصاحب الدواب عن عملها ، ولصاحب العمل عن عمله ، فان أصاب الزرع آفة ولم يحصل شيء من الغلة لم يسقط حقهم من أجرة المثل انتهى .

وهذا هو الموافق لمقتضى الأصول الشرعية ، وأنت خير بأن أخبرنا خالية من ذكر هذه الأنواع ، والظاهر أنها من اصطلاحات العامة ، ولهذا اختلفوا في كل منها صحة وبطلانها ، وإطلاقاً وتقييداً ، كما لا يخفى على من راجع كتاب التذكرة ، وأصحابنا قد اقتفوا أثرهم في ذكرها ، والبحث عنها وانفقوا عدا ابن الجنيّد على بطلان ما عدا شركة الاموال . والله العالم .

الثاني - قد عرفت أن أحد الأنواع المتقدمة شركة العنان بكسر العين ككتاب ، وهو سير اللجام الذي تمسك به الدابة ، وهي المتفق على جوازها ، وهي عبادة عن الشركة في الاموال .

بقي الكلام في وجه هذه التسمية فقيل : من عنان الدابة ، أما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال ، كما استواء طرفي العنان ، أو تساوي الفارسين إذا تساوىا بين فرسيهما ، و تساوي في السير يكونان سواء ، وأما لان لكل واحد منهما أن يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد ، كما يمنع العنان الدابة ، وأما لان الأخذ بعنان الدابة حبس أحدى يديه

على العنان ، ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء ، كذلك الشريك يمنع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي ، وهو مطلق اليد والتصرف في سائر أمواله .

وقيل : من «عن» اذا ظهر أما لانه ظهر لكل واحد منهما مال صاحبه ، أولانها أظهر انواع الشركة ، ولهذا أجمع على صحتها ، وقيل : من «العانة» وهي المعارضة ، لان كل واحد منهما عارض بما أخرجه الآخر .

الثالث - ما ذكره في آخر العبارة المتقدمة من قوله « ولا يصح شيء من أنواع الشركة سوى شركة العنان » محتمل لكون المراد بالشركة بالمعنى المشهور المتبادر ، وهو اجتماع حقوق الملاك كما تقدم ، وهو الذي يقتضيه السياق في عدد هذه الأنواع ، ويحتمل المعنى الخاص ، لانه الغرض الذاتي منها ، ويؤيده تعريفه لها بما ذكره من أنها عبادة عن أن يخرج كل مالا ، ويمزجاء ، ويشترطا العمل فيه بأبدانها .

قال في المسالك : ولا بد لها بهذا المعنى مع اشتراكهما في المالين من صيغة تدل على الاذن في التصرف ، لانها ممنوعان منه ، كسائر الاموال المشتركة وهي كل لفظ يدل على الاذن فيه على وجه التجارة ، سواء كان قبل الامتزاج أو بعده ، وسواء وقع من كل منهما للآخر ، أم اختص بأحدهما ، وبهذا المعنى لحقت بقسم العقود على تكلف أيضاً ، وتترتب عليها الاحكام التي يذكرها المصنف بعد هذا انتهى .

أقول : قد عرفت آنفا ما في هذا الكلام ، وأنه لا دليل على اعتبار هذا العقد لكن يتجه الايراد على الاصحاب بأنهم لما ذكروا للشركة معنى آخر ، وهو الذي تترتب عليه الاحكام الاتية كان الواجب عليهم أن يعرفوا الشركة في هذا المقام بغير التعريف المشهور كما ذكره شيخنا المذكور : لان غرضهم بيان الشركة التي هي مثل العقود تترتب عليها الاحكام من جواز التصرف واستحقاق الربح ونحو ذلك ، وأنه عقد جائز ، وله أركان ثلاثة ، ومع ذلك لم يعرفوها بشيء زيادة

على التعريف المشهور ، مع أن الأحكام لا ترتب على ذلك التعريف المشهور بمجرد
ولعلمهم بنوا كلامهم كما قدمنا ذكره على أن المقصود واضح ، وأن الشركة الحقيقية
هو اجتماع المال كما تقدم ، وأما الأحكام فتتناط بالاذن في التصرف في المال
المشترك ، والاذن كما تقدم يحصل بأي نحو كان ، وتجوّزوا في اطلاق العقد على
هذا الاذن في اثناء الكلام في المقام . والله العالم .

المسئلة الخامسة - لا اشكال ولا خلاف في أنه مع تساوى المالكين يتساوى
الشريكان في الربح والنقصان ، وكذا لو زاد رأس مال أحدهما كان له من الربح
بنسبة الزيادة ، وعليه من الخسران بالنسبة أيضاً ، وانما الاشكال والخلاف فيما
إذا اشترط أحدهما زيادة الربح مع تساوى المالكين ، أو التساوى في الربح والخسران
مع تفاوت المالكين .

وقد اختلف الاصحاب في ذلك على أقوال ثلاثة : الاول - ما ذهب اليه الشيخ
وابن ادريس والمحقق وجمع منهم من بطلان الشركة ، لاقتفاء ما يدل على الصحة
فيكون أكل مال بالباطل ، لان الزيادة ليس في مقابلها عوض ، لان الفرض انها
ليست في مقابلة عمل ، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة ، لتضم الى أحد العوضين
ولا اقتضى تملكها عقد هبة ، والاسباب المنعقدة للملك معدودة ، وليس هذا أحدها
فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك ، كما لو
دفع اليه دابة يحمل عليها ، والحاصل لهما ، فيبطل العقد المتضمن له اذ لم يقع
التراضى بالشركة والاذن بالتصرف الاعلى ذلك التقدير ، وقد تبين فساد ، ولا
يندرج في الامر بالايفاء بالعقود ، ولا في « المؤمنون عند شروطهم » .

الثاني - ما ذهب اليه المرتضى واليه ذهب العلامة ووالده وولده من القول
بالصحة ، وادعى عليه المرتضى الاجماع ، واحتجوا بالدلة العامة مثل قوله تعالى
« أوفوا بالعقود » (١) و « إلا أن تكون تجارة عن تراض » (٢) وقد وقع على

(١) سورة المائدة الآية ١

(٢) سورة النساء الآية ٢٨

ما اشترطاه ، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) « المؤمنون عند شروطهم » (١) والاجماع المنقول بنص الواحد كما يقبل نقل غيره من الأدلة به ، واصله الاباحة وبناء الشركة على الارتفاق بكل منهما ومن جملة موضع النزاع .

الثالث - ما ذهب اليه أبو الصلاح من صحة الشركة دون الشرط ، وجعل شرط الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقية ، قال على ما نقله عنه في المختلف : اذا تكاملت الشروط انعقدت الشركة ، ووجب لكل واحد من الشريكين من الربح بمقدار ماله ، ومن الوضعية بحسبه ، فان اصطلحوا في الربح على أكثر من ذلك ، حل تناول الزيادة بالاباحة ، دون عقد الشركة ، ويجوز لمبيعيها الرجوع فيها ما دامت العين قائمة ، فان اشترط في عقد الشركة ، تفاضل في الوضعية صحت الشركة ، وبطل الشرط ، وكانت الوضعية بحسب الاموال ، الا أن يتبرع أحد الشريكين على الآخر ، فان كان أحد الشريكين عاملاً فجعل له الآخر فضلاً في الربح بازاء عمله لم يمض الشرط ، وكان للعامل أجره عمله من الربح ، وبحسب ماله انتهى .

أقول : الظاهر ان محل الخلاف هنا مالو شرط الزيادة مع عدم زيادة عمل له يقابل تلك الزيادة ، أما لو كان له عمل زائد يقابلها ، فالظاهر أنه لا خلاف في جواز العقد : وصحة الشرط قال في التذكرة : لو اختص أحدهما بمزيد عمل وشرط مزيد ربح له صح عندنا الى ذلك أيضاً يشير قولهم في حجة دليل القول الاول ، لان الفرض أنها ليست في مقابلة عمل وبالجمله فالظاهر أنه لا اشكال في ذلك ، وعلى هذا ينبغي أن يقيد بذلك اطلاق القولين الاولين .

وأما ما احتج به أصحاب القول الثاني : فقد عرفت جواب بعضه من احتجاج أصحاب القول الاول ، وبقي منه دعوى الاجماع ، وهو تثبت بما هو أدهن من بيت العنكبوت ، وأنه لاوهن البيوت .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٣ - ١٥ ، الاستبصار ج ٣ ح ٨٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

واما الاستناد الى الآية «الا أن تكون تجارة عن تراض فقيه أن الشركة ليست تجارة ، فلا تناولها الآية . نعم لو كانت الزيادة في مقابلة زيادة في العمل كان ذلك معاوضة وتجارة عن تراض ، لأنك قد عرفت أن هذا ليس من محل البحث في شيء ، ويمكن أن يقال : بصحة الشرط ، لكن لامن حيث الشركة ، بل من حيث أنه وعد ، وقد دلت الآية و الرواية على وجوب الوفاء بالوعد كما تقدم في الابحاث السابقة ، لان صاحب الزيادة قد وعد باعطائها و رضى بذلك ، ورد كلام أبي الصلاح بأنه مبني على أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد والاقوى خلافه ، وفيه ما عرفت فيما تقدم في الابحاث السابقة ، وفي مقدمات كتاب الطهارة .

وكيف كان فالمسئلة كثيرها مما تقدم من أمثالها لا يخلو من الاشكال ، لعدم النص الواضح في هذا المجال ، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك التوقف في ذلك ، حيث اقتصر على نقل الاقوال المذكورة ونقل حججه لم يرجح شيئاً منها ، وهو في محله هذا في ما لو عملاً معاً اما لو كان العامل احدهما مع شرط الزيادة للعامل فالظاهر أنه لا اشكال في صحته ، ويكون العقد حينئذ قراضاً ، وشركة ، فيشتركان في الربح من حيث كون رأس المال شركة ، ويختص العامل بالزيادة المشروطة في مقابلة عمله كما يختص عامل المضاربة بالحصة المعينة له من الربح في مقابلة عمله ، ويأتي مثل ذلك فيما قدمناه من أنهما لو عملاً معاً ولكن كان في عمل احدهما زيادة ، وشرطت الزيادة له في مقابلة زيادة عمله .

اما مع تساويها في المالين وزيادة عمله ، أو مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل ، أو زيادته بطريق أولى ، لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل ، فكان العقد عقداً معاوضة من الجانبين ، بالنظر الى أن العمل متقوم بالمال . ولكن الشيخ ومن تبعه أطلقوا المنع ، والمرضى ومن تبعه أطلقوا الجواز ، والتفصيل بما ذكرناه كما صرح به شيخنا الشهيد الثاني وغيره اجود ، وينبغي تقييد الاطلاقين المذكورين بذلك ، لما قدمناه سابقاً من تصريح العلامة في التذكرة بذلك ، بل ظاهره دعوى الاجماع في ذلك ، حيث قال : عندنا ، مع كونه من القائلين بقول المرتضى ، وما ذكر في حجة القول الاول : مع أن الدعوى

مطلقة ، فذكر ذلك في دليلها ، دليل على أنه ليس المراد بتلك الدعوى على إطلاقها . والله العالم .

المسئلة السادسة - متى حصلت الشركة بالمعنى المشهور فانه لا يجوز لكل من الشريكين التصرف الا باذن الآخر ، لما ثبت عقلا وقلا من عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه ، فان اذن أحدهما للآخر اختص المأذون بالتصرف ولا يجوز للأذن التصرف الا باذن المأذون : والأذن توكيل في التصرف ، فلا يجوز له أن يتعدى ما أذن له من العموم والخصوص ، والإطلاق والتقييد ، فان أطلق في التصرف تصرف كذلك ، وان خصص اختص بما خصه ، ويراعى فيه المصلحة ، فان أطلق له في التجارة تصرف كيف شاء من أنواع التجارة ، من البيع والشراء مرابحة ، ومساومة ، وتولية ، ومواضعة ، حيث تقتضيها المصلحة وقبض الثمن واقباض المثمن ، ونحو ذلك مما تقدم في كتاب البيع .

وهل يتناول الإطلاق السفر حيث شاء ؟ احتمالان : من حيث دخوله تحت الإطلاق ، ومن حيث كونه مظنة الخطر ، ولا يجوز له اقراض شيء من المال الا مع المصلحة ، ولا المضاربة عليه لانه ليس من توابع التجارة .

وقد صرح في التذكرة في غير موضع بان اذن الشريك توكيل ، فيجب حينئذ أن يراعى فيه ما يجب مراعاته في الوكالة فلا بد أن يقتصر على ما أذن له فيه ، كما يجب على الوكيل ان يقتصر على ما وكل عليه ، فلو تعدى في بعض المواضع عن محل الاذن أثم ضمن ، وحيث كانت الشركة من العقود الجائزة دون اللازمة بالاجماع فلذلك من الشركاء الرجوع في الاذن والمطالبة بالقسمة .

أما الاول فان مبناها على الاذن في التصرف ، وهو في معنى الوكالة ، فتكون جائزة ، وأما الثاني فلانه لا يجب على الانسان مخالطة غيره في ماله ومقتضى الاصل أن يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء .

قال في التذكرة : الشركة عقد جائز من الطرفين ، وليست من العقود اللازمة اجماعاً فاذا اشتركا بمزج المالين ، فأذن كل واحد منهما لصاحبه في

التصرف (١) فلكل واحد من الشريكين فسخها لان الشركة في الحقيقة تو كيل وتو كل ، فلو قال أحدهما للآخر : عزلتك عن التصرف ، أو لا تصرف في نصيبى انزل المخاطب عن التصرف في نصيب العازل ، ويبقى التصرف في نصيبه ، ولا ينزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول الا بقول متجدد منه ، ولو فسخاها معاً فان الاشتراك باق وان لم يكن لاحدهما التصرف في نصيب الآخر ، ولو قال أحدهما : فسخت الشركة ارفع العقد ، وانسخ من تلك الحال ، وانزلنا عن التصرف ، لارتفاع العقد . انتهى .

قيل : وفي قوله « ولو قال أحدهما الى آخره » تأمل ، لان أحدهما تكلم فقط بقوله « فسخت الشركة » وهو يؤل الى عدم اذنه للآخر في التصرف ، وعزله وابطال وكالته ، لما قد مر مراراً ان هذا العقد والاذن تو كيل ، وغاية مايكون عزلا لنفسه أيضاً فاذا بدا له يجوز التصرف اذا قلنا ان الوكيل لا ينزل بمجرد عزله ، ولا يحتاج الى اذن جديد ، الا أن يعلم الآخر الموكل بل يرضى بعزله أو يعزله فتأمل . انتهى .

وملخص كلامه المناقشة في ارتفاع العقد بالكلية ، فان هذا القول انما وقع من أحدهما ، والذي يدل عليه عزله الآخر عن التصرف ، وابطال وكالته ، وغاية مايمكن التزامه أنه عزل لنفسه أيضاً ، الا أنه بمجرد ذلك لا يلزم بطلان العقد وارتفاعه ، بناء على أن الوكيل لا ينزل بمجرد عزل نفسه ، بل يجوز له الرجوع بغير تو كيل آخر ، فكذا هنا يجوز له الرجوع بدون اذن آخر ، فلا يتم حينئذ الحكم بارتفاع العقد .

وكما يفسخ الشركة بالقسح تنفسخ أيضاً بالجنون والموت ، لبطلان الوكالة بهما ، وهي في معناها كما عرفت ، بل هي وكالة في التحقيق ، ونحوهما أيضاً الأغواء والحجر

(١) اشارة الى الشركة بمعنى المشهور وقوله فالذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف اشارة الى المعنى الخاص المصطلح عليه بين الاصحاب المعبر عنه بالعقد وهو دائماً انما يبر عنه بالاذن وهو مؤيد لما قلناه من التحقيق من أنه ليس هنا عقد كما يدعونه وليس الا الاذن وان سموه حقلاً تجوزاً . منه رحمه الله .

لسفه أدفلس .

قال في التذكرة : وكذا يفسخ بموت أحدهما وجنونه ، وانماؤه والحجر عليه المسفه ، كالكالة ، ثم في صورة الموت ان لم يكن على الميت دين ، ولا هناك وصية تخير الوارث بين القسمة مع الشريك وفسخها ، وبين تقرير الشركة ان كان بالغاً رشيداً ، وان كان صغيراً أو مجنوناً فعلى الولي ما فيه الحظ من فسخ الشركة أو إبقائه ، ولا بد في تقرير الشركة من عقد مستأنف ، وان كان على الميت دين لم يكن للوارث التقرير على الشركة إلا أن يقضى الدين من غير مال الشركة ، ولو كان هناك وصية ، فإن كانت لمعين فهو كاحد الورثة ، يتخير بين التقرير والفسخ ان تعلق الوصية بذلك المال ، وان كانت لغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركة إلا بعد خروج الوصية ، فإذا خرجت الوصية بقي المال كما لو لم تكن وصية ، يتخير الوارث بين التقرير والفسخ . انتهى .

المسألة السابعة - لو شرط التأجيل في الشركة بمعنى ترتب أثرها عليهما من التصرف للتجارة ونحوها الى أجل مخصوص لم يلزم الشرط المذكور ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل ، لأنها عقد جائز ، فلا يؤثر شرط التأجيل فيه .

نعم يترتب على الشرط المذكور عدم جواز تصرفهما بعد الاجل إلا باذن جديد ، لعدم تناول الاذن السابق له ، فهذا الشرط وان لم يؤثر في وجوب المضي على الشركة إلا أنه يؤثر فيما زاد كرتاه ، فله أثر في الجملة .

ونقل في المختلف عن الشيخين أنهما قالا : الشركة بالتأجيل باطلة ، قال : والظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس ، بل عدم اللزوم ، ولهذا قال المفيد غريب ذلك : ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أى وقت شاء ، ثم نقل عن أبي الصلاح أنه قال : ولا تأثير للتأجيل في عقد الشركة ، ولكل شريك مفارقة شريكه أى وقت شاء وان كانت مؤجلة .

ثم قال : والعبارة رديتان ، والتحقيق أن للتأجيل أثراً وهو منع كل

منهما من التصرف بعده الا باذن مستأنف ، وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة ، اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل . انتهى .

المسئلة الثامنة - ينبغي أن يعلم أن الشريك أمين لا يضمن تلف ما في يده الا بالتعدي أو التفريط ، لانه وكيل كما عرفت فيما سبق ، ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف ، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق ، أو خفياً كالسرقة . قال في التذكرة : كل واحد من الشريكين أمين يده يدأمانة على ما تحت يده ، والمستودع والوكيل يقبل قوله في الخسران والتلف مع اليمين ، والمستودع اذا ادعى التلف ، سواء أسند التلف الى سبب ظاهر أو خفي ، فلا يضمن الا مع التفريط ، ويقبل قوله في عدم ما يوجب الضمان من التعدي ، وكذلك في عدم الخيانة ، ويقبل قوله في عدم الشراء بمال الشركة اذا ادعى الشراء بما يخصه ، وكذا اذا ادعى الشراء بالمشترك .

الفصل الثاني في القسمة :

وهي تميز حق أحد الشركاء عن حق الآخر ، والبحث فيها يقع في مسائل :
الاولى - الظاهر أنه لا خلاف بين أصحابنا في أنها برأسه امر موجب لتمليك الشريك حصة الشريك الآخر بحصته ، فاذا حصلت بشرائطها حصل بها الملك ، وليست بيعاً ولا صلحاً ولا غيرهما ، لعدم وجود خواص الغير فيها كصيغة البيع ايجاباً وقبولا ، او غيره من العقود ، ويدخلها الاجبار في غير أفراد البيع التي يدخلها الاجبار ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر مع تساويهما ، والبيع ليس كذلك ، بل يجوز فيه الزيادة والنقصان بينهما ، واختلاف اللوازم تدل على اختلاف الملزومات .

خلافا لبعض العامة حيث جعلها بيعاً مع أنه لا خلاف عندهم في أنه اذا طلب أحد الشركاء القسمة ، يجب على الآخر اجابته ، وعدم منعه اذا لم يحصل له ضرر بالقسمة ، سواء كان في تركها ضرر أم لا ، وسواء كان أحدهما مضطراً الى القسمة أم لا ، لانه يجب اصال حق الغير اليه ، ولا يجوز منعه عنه ، وهو هنا بالقسمة ،

ولا تصح الإباذن الشركاء الا ما سيأتى التنبيه عليه .

الثانية - لا خلاف في أنه مع الضرر على الكل وعدم ضرورة لا تجوز القسمة ، لأنه تضييع مال ، وهو سفسه واسراف منتهى عنه ، وأما ما لا ضرر في قسمته فانه يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة ، وهو مما لا خلاف فيه أيضاً .

وإنما الخلاف في معنى الضرر المانع في صورتين ، فقيل : بأنه عبارة عن نقصان العين أو القيمة نقصاناً لا يتسامح به عادة ، لأن قوات المالية مناط الضرر في الاموال . ولقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) « لا ضرر ولا ضرار » (١) وهو عام ، وقيل : بأنها عبارة عن عدم الانتفاع بالنصيب منفرداً لتضمنه الضرر والحر ج ، وإضاعة المال المنهى عنه مثل كسر الجوهرة الكبيرة التي لها ثمن كثير ، وبعد الكسر لا تسوى شيئاً أو تسوى شيئاً قليلاً .

وقيل : بأنها عبارة عن عدم الانتفاع به منفرداً ، فيما كان ينتفع به مع الشراكة ، مثل أن يكون بينهما دار صغيرة اذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضع ضيق لا ينتفع به في السكنى مثل الاول ، وإن أمكن الانتفاع به في غير ذلك .

قال في المسالك بعد نقل ذلك كما ذكرناه والاقوى اعتبار الاول ، و إليه أيضاً مال المحقق الأردبيلي ، قال : و اعتبار الثاني بعيد ، و الثالث أبعد ، وأشار بهما الى ما ذكرناه هنا ثانياً و ثالثاً ، ثم انه على تقدير اعتبار المعنى الاول متى اتفق مثل هذا الضرر عن الشريك ، و طلب الآخر القسمة مع انتقامه عنه أيضاً ، فانه يجب الاجابة الى القسمة ، ويجبر الممتنع ، وهو ظاهر لما تقدم من أنه يجب إيصال حقه اليه متى طلبه ، ولا يجوز منعه ، اذا فرض أنه لا مانع من ذلك ، وأما عدم وجوبها مع ضرر الشريك فهو أيضاً ظاهر ، لخبر (٢) « لا ضرر ولا ضرار » الامع ضرر الطالب للقسمة بالشراكة ، فيتعارض الضرران ، فينبغي أن

(١) (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ الفقيه ج ٣ ص ١٤٧ ح ١٨ والوسائل ج ١٧

ص ٣١٩ ح ١ باب الشفعة . وباب احياء الموات ص ٣٤١ ح ١ و ٢ و ٣

يرجح الأقل ضرراً ، ومع التساوى يشكل الامر ، فيحتمل الرجوع الى القرعة .
وأما لو تضرر الطالب للقسمة بالقسمة دون الممتنع ، فالظاهر أنه لا يجب
اجابته ، لان ارتكاب ذلك سفه وتضييع لماله ، الا أن يترتب على ذلك غرض صحيح .
قال في الدروس ، ولو تضرر أحد الشريكين دون الآخر بالقسمة أجبر غير
المتضرر بطلب الاجرد دون العكس ، وفي المبسوط لا يجبر أحدهما لتضرر الطالب ،
وهو أحسن ، ان فسر التضرر بعدم الانتفاع ، وان فسر بنقص القيمة فالاول أحسن ،
وبذلك يظهر أن في المسألة أقوالاً ثلاثة .

ثالثها التفصيل الذي استحسنه شيخنا المذكور وهو جيد ، ولو اتفقا على
القسمة مع تضمنها الضرر كالجوهر والسيف والعضايد الضيقة (١) فقد صرح المحقق
في هذا الكتاب بأنه لا يجوز قسمتها ، والمفهوم من كلام غيره أن القسمة المشتملة
على ضرر لا يجبر الممتنع عليها لكنها تصح بالتراضي والاتفاق عليها ، مع أنه في كتاب
القضاء من الشرايع فسر الضرر بنقص القيمة ، فحكمه هنا بعدم الجواز مع تفسير الضرر
بما ذكره مشكل ، فان مجرد نقص القيمة لا يبلغ حد المنع .

نعم لو فسر الضرر بعدم الانتفاع أمكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير
عوض ، فانه اذا لم ينتفع بالاجزاء فلا فائدة في القسمة ، بل هو محض ائتلاف وهو
منهي عنه .

ثم انه في كل موضع يتوقف القسمة على الجبر ، فالظاهر أن المجرى هو
الحاكم الشرعي أو أمينه ، والظاهر أن مع تعذرهما فعدول المؤمنين كما هو في
ساير الحسيات التي يتعذر ارجاعها الى الحاكم : و الاحوط العدلان ، و في

(١) قال في القاموس : و اعضاء الحوض وغيره ما يشد حواليه من البناء ، ولم أقف
في كلام أهل اللغة على معنى يناسب ما ذكره بعد فان دخول القسمة فيما كان هكذا لا يخلو
من تسف و ظاهر كلامهم أن الأعضاء عبارة عن أماكن ضيقة تنضرد بالقسمة والله العالم
منه رحمه الله .

وفي الاكتفاء بالواحد احتمال قوى .

الثالثة - لا يخفى أن متساوى الأجزاء وهو المثلث الذى يصدق على قليله و كثيره اسم الكل ، وأجزائه متساوية فى ذلك ، ولاتفاوت بينها غالباً كالحبوب والادهان تقسم قسمة اجبار على جميع الأقوال الثلاثة المتقدمة ، اذ لا ضرر بالقسمة فيتحقق فيها قسمة الاجبار مطلقاً ، فان تراضيا بالقسمة والأجبر الممتنع ، كذا صرحوا به من غير خلاف يعرف .

قال فى المسالك : ومثله الثياب المتعددة المتحدة فى الجنس التى يمكن تعديلها بالقيمة ، وكذا الحيوان والعبد على الأقوى ، وظاهر المحقق الارديبيلي المناقشة هنا قال بعد ذكر ذلك ؛ وفيه تأمل ، اذ قد يكون المقسوم يسيراً بحيث لو قسم لم يبق لكل قسم أول بعضه قيمة أصلاً ، أو ينقص نقصاناً فاحشاً بخلاف ماله يبيع جميعاً يجعل لكل واحد من الشركاء من القيمة ما ينتفع به ، وهو غير بعيد . أقول : بل الظاهر بعده : لان الأحكام الشرعية انما تنبنى على الأفراد الكثيرة المتعارفة بين الناس دون الفروض الشاذة النادرة التى لا تكاد توجد الا فرضاً ، وأما غير متساوى الأجزاء وهو القيمي كالثياب والحيوان والعبيد ، فانه لا بد فيه من تقويم وتعديل ، فان حصل التساوى على وجه يقتضيه النظر من غير رد فانه يقسم كذلك ، ولكنه فى هذه الصورة يعجز فيه الاجبار كما أشار اليه شيخنا فى المسالك فى العبارة المتقدمة بقوله «على الأقوى» .

وان لم يحصل التساوى فلا بد أن يضم اليه بعض الدراهم أو العروش مما يقابل به السهم الآخر ، فيقسم قسمة تراض ، والقسمة فى هذه الصورة يعبر عنها بقسمة الرد لا يدخلها الاجبار ، فلا يجبر الممتنع ، بل انما تصح مع التراضى ، لانها مشتملة على معاوضة وبمنزلة البيع جزء من المال بذلك المضاف الى المال الاول ، فلا بد من الرضا حينئذ .

الرابعة - متى حصلت القسمة والتميز بين السهام سواء كانت القسمة اجبارية،

أوقسمه رد بحيث عدلت السهام على ما يقتضيه القسمة ، فلا بد للتعيين بحيث يصير كل سهم ملكاً لمالك من أولئك الشركاء من القرعة ، وبها يصير ملكاً له ، لا يجوز التصرف فيه إلا بأذنه ، كسائر أملاكه .

والظاهر كما صرح به المحقق الأردبيلي - أنه بعد خروج القرعة لا يحتاج إلى رضا الشريك مرة أخرى ، زيادة على الرضا بأصل القسمة إن كانت قسمة رد ، لأن القرعة قد أخرجت للتعيين ، وقد تعين بها مال كل واحد منهما ، وقيل أنه إن كانت القسمة اجبارية ، فإنه لا يحتاج إلى الرضا بعد القرعة ، وإن كانت قسمة رد ، فإن كان القاسم منصوباً من الإمام فكذلك أيضاً ، (١) وإن كانت القسمة والقرعة إنما حصلت من المتقاسمين توقفت على تراضيهما بعدها ، لاشتمالها على المعاوضة ، فلا بد من لفظ يدل عليها ، وأقله ما يدل على الرضا ، ونقل ذلك عن الشيخ على في شرح القواعد ، وبه صرح في المسالك أيضاً ، وهو ظاهر العلامة أيضاً ، بل الظاهر أنه المشهور .

ورده المحقق المتقدم ذكره ، بأن الرضى الأول كاف ، والقرعة والتعديل بأنفسهما قديكفيان ، على أن منصوب الإمام ليس بوكيل للشريك حتى يقبل له ، فإنه منصوب للقسمة والقرعة فقط ، على أن القسمة مطلقاً معاوضة كما صرح به الشهيد الثاني في شرح الشرايع ، ثم قال : كأن هذا القائل نظر إلى ما ذكرناه من أصل بقاء الملك على ملك ماله ، وبقائه على الاشتراك ، وعدم خروج شيء عن ملك أحدهم ، والدخول في ملك آخر حتى يتحقق الدليل ، ومع الرضا بعدها أو القرعة من قاسم الإمام ناقلاً بالاجماع ، والباقي غير ظاهر كونه ناقلاً حتى يتحقق ، ويمكن أن يقال : القرعة مع الرضى الأول ناقلاً فتأمل .

واعلم أن الظاهر أن القرعة والرضا ثانياً إنما هو محتاج إليه للتملك ، بحيث لا يجوز لأحد العدول عنه ، والظاهر أنه يكفي الرضا بأخذ كل واحد قسماً بعد التعديل

(١) قال في الشرايع في كتاب القضاء والمنصوب من قبل الإمام بمعنى قسمته بنفس القرعة ولا يشترط رضاها بعدها وفي غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة وفي هذا إشكال من حيث أن القرعة وسيلة إلى تعيين الحق وقد قارنها الرضا . انتهى منه رحمه الله .

بالرضا ، فانه اذا رضى أن يأخذ عوض ماله من حصة الاخر من ماله ، الظاهر أن له ذلك ، وهو مسلط ، على ماله ، فله أن يفعل ما يريد الا الممنوع ، ولا منع هنا ، لان الظاهر أنه تجارة عن تراش أيضاً ، وأكل مال الغير بطيب نفس منه .
والظاهر أنه وان لم يكن مملكاً فلا كلام في جواز التصرف فيه تصرف الملاك ، مثل ما قيل في العطايا والهدايا والتحف ، ويحتمل أن يكون تصرفاً بعقد باطل ، فيكون حراماً وهو بعيد جداً ، وعمل المسلمين على غير ذلك ، بل على الملك فتأمل انتهى كلامه ، وهو جيد وجيه .

وأنت خبير بأن أحداً من الاصحاب لم ينقل في هذا المقام خبراً ولا دليلاً على شيء من هذه الاحكام ، بل غاية ما يستدلون به أمور اعتبارية ، مع أن هنا جملة من الاخبار يمكن الاستناد اليها في بعض هذه الاحكام .

والذي وقفت عليه مما يتعلق بما نحن فيه رواية غياث (١) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي بن الحسين في رجلين بينهما مال منه بأيديهما ، ومنه غائب غنهما فاقسما الذي بأيديهما ، وأحال كل واحد منهما بنصيبه ، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر فقال : ما قبض أحدهما فهو بينهما ، وما ذهب فهو بينهما .

وبهذا المضمون رواية أبي حمزة الثمالي (٢) عن أبي جعفر عليه السلام ورواية محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام ، وصحيفة معاوية بن عمار (٤) وصحيفة عبدالله بن سنان (٥) ورواية سليمان بن خالد (٦) والمتبادر من هذه الروايات ان الاقسام انما وقع من الشركاء بمجرد تميز سهام كل واحد

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٥ الفقيه ج ٣ ص ٥٥ ح ١ الوسائل ج ١٣

ص ١٥٩ .

(٢) (٣) و(٤) و(٥) الوسائل ج ١٣ باب عدم قسمة الدين المشترك قبل قبضه

ص ١٢٩ و ص ١٨٠ ح ٢٠١ .

(٦) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ١١٦ ح ١

من ذلك المال المشترك الموجود بأيديهم ، مثلياً كان ذلك المال أوقيمياً بعد تعديله كما تقدم ، من غير توقف على قاسم من جهة الامام ، ولا قرعة في البين بأن رضى كل منهم بعد تساوى السهام بنقل حصته ، مما فى يد شريكه بحصة شريكه مما فى يده ، وكذلك قسمة ما فى الذمم معاً لم يكن فى أيديهما ، إلا أنه (ع) أبطل قسمة الغائب .

وبالجملة فاقى لم أقف فى الاخبار على ما ذكره من القرعة ، و القاسم من جهة الامام ، بل ظاهرها كما ترى هو الصحة مع تراضيها بما يقتسمانه ، وهو مؤيد لما تقدم نقله عن شيخنا الشهيد الثانى من أن القسمة مطلقاً معاضة ، و ما ذكره المحقق المذكور من قوله ، والا لظاهر أنه يكفى الرضا بأخذ كل واحد قسماً بعد التعديل ، الى آخره فان هذا هو ظاهر هذه الاخبار ، فان قيل: ان غاية ما يبدل عليه هذه الاخبار انها اقتسما فيمكن حمله على القسمة التى ذكرها الاصحاب ، كما تقدم من حضور القاسم من جهة الامام والقرعة ، وحكم المثلى و القيمى - قلنا : هذا فرع ثبوت هذه المذكورات فى الاخبار ، و إلا فالمتبادر انما هو ما قلناه من تمييز الحصص و السهام بعضها عن بعض من أولئك الشركاء ، لا من شخص آخر ، و هو ظاهر الاخبار ، حيث نسب الاقسام الى الشريكين ، و الاصحاب قد ذكروا القسمة فى هذا الكتاب ، و فى كتاب القضاء ، و ذكروا لها أحكاماً عديدة لم تقف لها على أثر فى الاخبار فى كل من الموضعين المذكورين ، و القرعة قد وردت بها الاخبار فى جملة من الموارد ، و لم يذكر فيها هذا الموضع الذى ذكره هنا ، و غاية ما يبدل عليه عمومات بعض أخبارها التوقف عليها فى موضع النزاع ، مثل قول الصادق (عليه السلام) فيما رواه الصدوق (١): و ما تقارع قوم فقوضوا أمرهم الى الله تعالى الا خرج سهم المحق ، و أما مع التراضى فلا أثر فى الاخبار لاعتبارها و التوقف عليها ، و كأنه بسبب التراضى يكون من

قبيل الصلح في هذه المعاضة ، كما ورد في صحيحة محمد بن مسلم (١) عن أحدهما (عليهما السلام) أنه قال : في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه ، فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي ، فقال : لأبأس بذلك إذا تراضيا ، وطابت أنفسهما .

نعم لو لم يحصل التراضي بعد تعديل القسمة أمكن القول بالقرعة ، لهذا الخبر ونحوه ، وبالجمله فإن القسمة وما ذكر فيها من الأحكام غير موجود في كلام متقدمي علمائنا الاعلام ، ولأخبار أهل الذكر ، عليهم السلام .

والذي يغلب على الظن القاصر أن الشيخ ومن تبعه من الاصحاب قد تبعوا في هذه المقامات العامة حيث أطالوا البحث عن ذلك في كتبهم بهذه الفروع التي ذكرها الاصحاب اختلافا واتفاقا ، ولا يخفى على الخائف في الفن والناظر في كتب المتقدمين المقصودة على الاخبار ، وأنه لم يقع التفريع في الأحكام ، وكثرة الفروع في المسألة الواحدة ، سيما في هذا الباب إلا من الشيخ وتبعه من تأخر عنه ، وكلها من كتب العامة ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك أيضاً والله العالم .

الخامسة - قد صرح الاصحاب بأنه لا يصح قسمة الوقف بأن يأخذ كل واحد من الشركاء فيه بعضاً ويتصرف فيه على حدة وتفصيل هذا الاجمال أن يقال : انه متى كان الواقف واحداً أو متعدداً والموقوف عليه متعدداً كأن يقف زيد داره على ذريته من الموجودين وما تناسل منهم وفقاً مؤبداً مشتملاً على شرائط الصحة وال لزوم ، أو يكون نصف الدار لزيد ، ونصفها لعمرو ، فيقف كل منهما حصته على تلك الذرية مثلاً ، فانه في هذه الصورة لا يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف ، لانه أولاً على خلاف وضع الواقف والموقوف على ما دقت عليه ، كما ورد

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٠٦ ح ١ ، الكافي ج ٥ ص ٢٥٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ .

به النص . (١)

وثانياً أن الوقف ليس ملكاً لأولئك الموجودين الآن ، لمشاركة البطون
الآخر لهم في ذلك .

وثالثاً أن الحق يتغير بزيادة البطون ونقصانها ، فربما استحق بعض بطون
المتقاسمين أكثر مما ظهر بالقسمة ، لمورثهم وبالعكس ، وأما لو تعدد الواقف
والموقوف عليه بأن كانت الدار مشتركة بين زيد وعمر وأصافاً ، فوقف زيد نصفه
على ذريته ووقف عمر ونصفه على ذريته ، فإنه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين
قسمة هذا الوقف ، بأن يميزوا أحد الوقفين عن الآخر ، ومتى كان جزء من المال
وقفاً ، وجزء منه ملكاً ، كبيت مثلاً نصفه وقف ، ونصفه ملك ، فإنه يجوز قسمته ،
وتمييز الملك من الوقف ، ويكون ناظر الوقف بمنزلة الشريك يتولى المقاسمة
مع المالك .

قال في المسالك : هذا إذا لم تشتمل على رد ، أو اشتملت وكان الرد من
الموقوف عليه ، لأنه زيادة في الوقف ، فلوانعكس لم يصح ، لأنه كبيع جزء من
الوقف ، ثم على تقدير الرد من الموقوف عليه ، هل يصير جميع حصته وقفاً ؟
أم يكون ما قابل الرد من الحصة ملكاً له ، لأنه معاوض عليها ، احتمالان ،
والثاني أوجه .

(١) أقول : وتوضيحه أنه إذا وقف على ذريته على السوية ما تناسلوا بطناً بعد
بطن فاتفق أن البطن الأول كان اثنين فانهم يتقسمون الحاصل أنصافاً ، ولو كان البطن الثاني
ثلاثة ، فانهم يتقسمونه أثلاثاً وهكذا ، فلو أن أصحاب البطن الأول اقتسموا الوقف أنصافاً
ثم اتفق أن ورثة أحدهما كان اثنين وورثة الآخر واحداً فإن هذين الاثنين يستحقان ثلثا
الوقف بالنظر إلى وقف الواقف ، وإن كان مورثهم إنما يستحق النصف وذلك الواحد
بالنظر إلى ما ذكرنا إنما يستحق الثلث وإن كان مورثه يستحق النصف وعلى هذه الصورة
قس . منه رحمه الله .

نعم لو كان في مقابلة الرد وصف محض كالجودة كان الجميع وقفاً ، لعدم قبوله الانفصال ، ولا فرق في جواز قسمة الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد ، أو مختلف . انتهى .

السادسة - قد صرح غير واحد منهم بأنه يستحب للامام (عليه السلام) نصب قاسم ويشترط عدالته ومعرفته بالحساب ، وقيل : بل ينبغي ذلك للحاكم مطلقاً ، وقال في الدروس : يستحب للقاضي نصب قاسم كامل مؤمن عاقل عارف بالحساب ولو كان عبداً ، ولا يراعى فيمن تراض به الخصمان ذلك . انتهى ، وعلله بعضهم باحتياج الناس اليه ، اذ قد يحصل الرضا في التعديل بقول بعضهم بعضاً ولا يعرفون ذلك خصوصاً في قسمة الرد ودليل اشتراط عدالته الوثوق بقوله ، و أما معرفته للحساب ، فلا بد منها بمقدار ما يحتاج اليه في القسمة ، وانه لا يكفي الواحد في قسمة الرد الا مع الرضا ، لانه يحتاج فيها الى التعديل في القسمة حتى يتساوى الاقسام ، بأن يقوم تلك العروض المراد قسمتها ، وهل المراد بقسمة الرد هي ما اشتملت على رد من أحد الطرفين دراهاً أو عروضا في مقابلة الزيادة من الطرف الآخر أو ما هو أعم من ذلك ومن التعديل والتسوية بين الاقسام ! وان لم يحتاج الى رد .

وبالجملة المراد بقسمة الرد التعديل ، لا الرد الحقيقي ، قولان . والاول منقول عن الدروس ، وبالثاني صرح المحقق الأردبيلي (رحمة الله عليه) .
أقول : ويؤيد الاول قولهم أنه يقسم ما اشتمل على الرد قسمة تراض ، وكيف كان فالاحتياج الى العدلين ، وعدم الاكتفاء بالواحد لان القسمة يتوقف على التقويم ، فلا بد من مقومين عدلين ، ليكونا حجة شرعية ، ولانه لا يحصل الوثوق بحيث يلزم الا قبولهما ، هذا اذا لم يتراضيا بينهما بالقسمة بأنفسهما أو بشخص يتفقان عليه ، عدل أو غير عدل ، لان الرضا سيد الاحكام كما قيل .

قالوا : وأجرة القسّام من بيت المال ، لانه موضوع لمصالح العامة ، ولولم

يكن فيه شيء أولم يكن ثمة بيت مال فمن مال الشركاء ، لأنه لمصالحهم فهو كالكيال والوزان لهما ، وينبغي أن يكون ذلك بالحصص بينهم ، بأن يقسم أجرة المنل على الحصص ، فيعطى كل بنسبة ماله .

أقول : لا يخفى أنه لا وجود لهذه الأحكام في الأخبار كما أشرنا إليه آنفاً ، وإن كان بعضها يمكن استنباطه ، وعمومات الأخبار في غير هذا المقام يأتي إن شاء الله في كتاب القضاء ، وفق الله تعالى للوصول إليه .

الفصل الثالث في لواحق هذا الباب :

وفيه أيضاً مسائل : الأولى - المشهور بين الأصحاب أنه إذا باع الشريكان المتاع صفقة بثمن معلوم ثم استوفى أحدهما من المشتري شيئاً من الثمن ، فإنه يشاركه فيه الآخر ، واحترزوا بقولهم صفقة عما إذا باع كل منهما نصيبه بعقد على حدة ، فانهما لا يشتركان فيما يقتضيه أحدهما إجماعاً .

والأصحاب فرضوا هذا الحكم في بيع الشريكين المتاع صفقة ، لمناسبة باب الشركة ، والافهوي يجري أيضاً فيما لو كان سبب الشركة ميراثاً ونحوه ، ولم ينقل الخلاف في هذه المسئلة إلا عن ابن ادریس ، فإنه منع من الشركة فيما يقتضيه أحدهما لنفسه من ذلك المال المشترك ، وحكم به لقاضيه .

قال : وإذا كان بينهما شيء فباعاه بثمن معلوم ، كان لكل منهما أن يطالب المشتري بحقه ، فإذا أخذ حقه شاركه فيه صاحبه على ما قدمناه ، لأن المال الذي في نعمة المشتري غير متميز ، فكل جزء يحصل من جهته ، فهو شركة بعد بينهما على ما ذكره شيخنا في نهايته ، «والذي يقتضيه أصول مذهبتنا أن كل واحد من الشريكين يستحق على المدين قدرًا مخصوصاً وحققاً غير حق شريكه ، وله حصة الغريم ، وإبراء منه ، فمتى أبرء أحدهما من حقه برء منه فقط ، وبقي حق الآخر الذي لم يبرء منه فقط بلا خلاف ، فإذا استوفاه وتقاضاه منه لم يشاركه شريكه الذي وهب ، أو

أبرأ أوصالح منه على شيء بلا خلاف .

فان كان شريكه بعد في المال الذي في نعمة الغريم، لكان في هذه الصور كلها يشارك من لم يهب ولم يبرء فيما، يستوفيه منه ويقبضه، ثم ان عين المال الذي كان شركة بينهما ذهبت ولم يستحقا في نعمة الغريم الذي هو المدين عينا لهما معينة، بل ديناً في ذمته لكل واحد منهما مطالبة نصيبه، وبراءة ذمته وهبته، و اذا أخذه وتقاضاه فما أخذ عينا من أعيان الشركة حتى يقاسمه شريكه فيها، ولم يذهب الى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته، ومن قلده وتابعه، بل شيخنا المفيد محمد بن محمد بن النعمان لم يذكر ذلك في كتاب له ولا تصنيف، وكذلك السيد المرعشي، ولا تعرضا للمسألة، ولا وصفها أحد من أصحابنا المتقدمين في تصنيف له جملة، ولا ذكرها أحد من القميين، وانما ذكر ذلك شيخنا في نهايته من طريق أخبار الاحاد أورد ثلاثة أخبار احداها مرسل، وعند من يعمل بأخبار الاحاد لا يلتفت اليه، ولو سلم الخبران الاخران تسليم جدل، لكان لهما وجه صحيح يستمر على أصول المذهب والاعتبار، وهو أن المال الذي هو الدين كان على رجلين، فأخذ أحد الشريكين وتقاضا جميع ما على أحد الرجلين قالوا لواجب عليه هنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه، لانه أخذ ما يستحقه عليه وما يستحقه شريكه أيضاً عليه، لان جميع ما على أحد المدينين لا يستحقه أحد الشريكين بافتراده، دون شريكه الاخر، فهذا وجه صحيح، فيحمل الخبران على ذلك اذا أحسن الظن براديهما، فلي تأمل ذلك، وينظر بعين الفكر الصافي ففيه غموض . انتهى .

وملخص استدلاله يرجع الى دليلين، أحدهما أن لكل واحد من الشريكين أن يبرء الغريم من حقه، ويهبه له ويصالح على شيء منه دون الاخر، ومتى أبرأه براء من حقه، وان بقي حق الاخر، وكذا اذا ذهب أوصالح، فكما لا يشارك من ذهب أو صالح لشريك الاخر اذا استوفى حقه، فكذلك لا يشاركه هو لو استوفى حقه .

وثانيهما أن متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت، ولم يبق عوضها

الادين في ذمته ، فاذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة ، بل من أمر كلي في ذمته لا يتعين الا قبض المالك أو وكيله ، وهنا ليس كذلك ، لانه انما قبض لنفسه .

أقول : فيه أولاً أن ما ذكره من الدليل الاول ظاهر البطلان ، اذ ملازمة بين الامرين ، بل الفرق بين الحالين ظاهر ، فانه في صورة البراء أو الهبة أو الصلح قد برئت ذمة الغريم من مال الشريك الذي أبرأه ، أو وهبه أو صالحه ، ولم يبق في ذمته الا حصة الشريك الاخر ، فكيف يشاركه فيما استوفاه ، وهو لم يستحق شيئاً بالكلية بل صار كالاجنبي ، بخلاف ما لو لم يقع شيء من هذه الثلاثة ، وبقى المال المشترك في ذمة الغريم ، كما هو محل البحث ، فاذا دفع شيئاً والحال هذه فانما دفع عما في ذمته من المال المشترك ، والمدفوع انما هو من المال المشترك ، فلا يختص به القابض .

وثانياً أن ما ذكره في الدليل الثاني فهو وجه عقلي لا يسمع في مقابلة النصوص الصريحة الصحيحة ، فانها اجتهدت في مقابلة النصوص ، وهو على قاعدته المنهزمة و طريقته المنخرمة من عدم العمل باخبار الاحاد جيد أما عند من لا يقول بقوله ، بل يعمل بها فلا وجه لهذا التعليل في مقابلتها ، وأما ما يفهم من المسالك من الميل الى ما ذهب اليه ابن ادریس ، تمسكاً بما ذكره في الدليل الثاني حيث أيده وشيده بوجوه أطال بذكرها ، وطعن في أخبار المسئلة حيث قال : انها قاصرة عن الاستدلال بها لارسال بعضها ، وضعف الاخر وعدم سراحة المطلوب في بعضها ،

ففيه أن الكلام معه في هذا المقام يرجع الى الاستدلال بالاخبار المذكورة ، ويان مسحتها وسراحتها في المدعى ، فالواجب ذكرها هنا ويان ما يدل عليه ، وان كنا قد قدمناها في كتاب الدين من المجلد المتقدم .

فنقول من الاخبار المذكورة ، ما رواه الشيخ والصدوق في الصحيح عن

سليمان بن خالد (١) قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجلين كان لهما مال منه بأيديهما ومنه متفرق عنهما ، فاقتهما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائبا عنهما ، فهلك نصيب أحدهما مما كان عنه غائبا ، و استوفى الآخر أيرد على صاحبه؟ قال : نعم ما يذهب ماله .

ومارواه الشيخ في الموثق عن عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : سألت عن رجلين بينهما مال ، منه دين ومنه عين فاقتهما العين والدين ، فتوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بعضه ، وخرج الذي للآخر أيرد على صاحبه؟ قال : نعم ما يذهب بماله .

وعن أبي حمزة (٣) قال : سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال ، منه بأيديهما ، ومنه غائب عنهما فاقتهما الذي بأيديهما ، وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب ، فاقضى أحدهما ولم يقض الآخر قال : ما اقضى أحدهما فهو بينهما ، ما يذهب بماله ؟

ومثل ذلك رواية غياث (٤) عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) ، وموتقة محمد بن مسلم (٥) عن أحدهما ، وموتقة معاوية بن عمار (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام ، ولا يخفى على المتأمل المنصف أنه لا مجال للطعن في هذه الاخبار ، وبعد ضم بعضها الى بعض ، فانهم في كثير من الاحكام يعتمدون على خبر واحد ضعيف باسئلاهم مع جبره بالشهرة فكيف بهذه الاخبار على تعددها وشهرة القبول بها ، اذ لا يخالف في ذلك سوى ابن ادریس ، ووجود الصحيح

(١) القبة ج ٣ ص ٢٣ ح ٩ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٢ ص ١١٦ ب ١ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٧ . وص ١٨٥ ح ٤ .

(٤) القبة ج ٣ ص ٥٥ ح ١ ، التهذيب ج ٦ ص ٢١٢ ح ٥ .

(٥) و (٦) التهذيب ج ٧ ص ١٨٦ ح ٦٥ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٧٩ و ١٨٠ .

باسطلاحهم فيها وبه يظهر أن المناقشة فيها من حيث السند واهية لا يلتفت اليها هذا مع تسليم العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، والافلا مرأهون من ذلك ، كما تقدم تحقيقه في جلد كتاب الطهارة من الكتاب .

وأما من حيث الدلالة فهي دالة بعمومها على جريان الحكم المذكور في الدين مطلقا ، اتحاد المديون أو تعدد ، وتخصيصها كما ادعاه ابن ادريس فيما قدمنا نقله عنه بما اذا كان الدين على رجلين الى آخر ما ذكره يحتاج الى مختصر من الاخبار فليس ، وبه يظهر ما في المناقشة في الدلالة بأنها غير صريحة في المطلوب ، كما ذكره شيخنا المتقدم ذكره ، ولو تم ما ذكره لبطل الاستدلال بالعمومات ، وهو خلاف ما عليه جميع العلماء الاعلام ، وأرباب النقض والابرام ، وغاية ما يتعلق به في دليله الثاني أن متعلق الشرية انما هو العين وقد فانت فاذا اخذ احد حقه لم يكن قد أخذ عيناً من الاعيان المشتركة ، بل من أمر كلي الى آخر ما ذكره . وفيه أنه ما المانع من جعل الثمن مشترك كالعين ، اذا اقتضته الادلة الشرعية ، بحيث يترتب عليه ما يترتب عليها ، وأي وجه قبح في ذلك ، فكل جزء يحصل من ذلك ، فهو بينهما كما أن الامر في العين كذلك .

وبالجملة فان الخروج عن ظواهر الاخبار بمجرد هذا الاعتبار مقابلة للنص بالاجتهاد ، وفيه خروج عن جادة السداد . و أما قوله ان هذه المسألة لم يتعرض لها أحد من المتقدمين ، ففيه أولاً أن عدم التعرض لها والغفلة عنها لا يوجب عدم القول بها ، مع قيام الدليل عليها ، وكم قد غفل المتقدمون عن جملة من الاحكام ، وبه عليه المتأخرون ، بل المتأخرون وبه عليها متأخرو المتأخرين .

وثانياً أن جل المتقدمين لم يصنفوا في فروع الاحكام ويسلطوا القول فيها ، والتفريع والبحث عنها ، وانما كانوا يذكرون الاخبار المتعلقة بالاحكام ، وهذه الطريقة كما اشرنا اليه آنفاً ، انما كان مبدؤها من الشيخ ، على أن الصدوق قد نقل في الفقيه صحيحة سليمان بن خالد المذكورة ، وهو يؤذن بقوله بضمونها ، بناء

على قاعدته المذكورة في كتابه ، والاصحاب انما ينسبون اليه الاقوال باعتبار ذلك ، فهو حينئذ من جملة القائلين بالقول المشهور .

وابن الجنيّد قد صرح أيضاً بذلك ، وهو من المتقدمين على الشيخ فانه قال : لو أقتسم الشريكان وكان بعض المال في أيديهما وبعضه غائباً عنهما فاقتهما الذي بأيديهما ، واختار كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فقبض أحدهما ، ولم يقبض الآخر فما قبض من المال بينهما . انتهى .

إذا عرفت ذلك فاعلم : أن في المقام اشكالا وذلك أن مقتضى كلام الاصحاب في هذه المسألة أن الدين لا يقبل القسمة ، وأن كل ما خرج منه فهو مشترك سواء كان في ذمة واحدة أو ذمم متعددة ، وقضية الحكم بالاشتراك براءة الغريم من حصة الشريك الآخر الذي لم يقبض من ذلك المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه ، وأنه لو تلف في يد القابض يكون التالف بينهما كلا أو بعضا ، لأن الحق الكلي المشترك الذي كان في الذمة تعين بالقبض في المأخوذ . فهو لهما فلا يجوز لاحدهما التصرف فيه ، إلا بإذن الآخر .

وهذا هو ظاهر الاخبار المتقدمة ، والاصحاب لا يقولون بذلك في الموضعين المذكورين ، فانهم صرحوا بالنسبة الى الاول بأنه مخير في الرجوع على الشريك أو الغريم ، وبالنسبة الى الثاني أن التالف يكون من القابض خاصة لا يرجع على الشريك بشيء منه .

قال في التذكرة : لا يصح قسمة ما في الذمم الى أن قال : فلو تقاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو ، وقال في موضع آخر : لو كان لرجلين دين بسبب واحد ، اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فلا خير مشار كته فيه ، وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل ، لما تقدم في المسألة السابقة في رواية معاوية بن عمار ، ولأن تملك القابض ما قبضه يقتضي قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك ، وهو باطل ، فوجب أن يكون المأخوذ

لهما ، والباقي بينهما ، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه ، سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها ، وله أن يرجع على الغريم ، لان الحق ثابت في نعمته لهما على وجه سواء ، فليس له تسليم حق أحدهما الى الآخر ، فان أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء ، لان حقه ثابت في احد المحلين ، فاذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر ، وليس للقابض منعه من الغريم ، بأن يقول : انما أعطيك نصف ما قبضت ، بل الخيرة له من أيهما شاء قبض ، وان هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ، ولم يضمنه الشريك ، لانه قدر حقه فيما تعدى بالقبض ، وانما كان لشريكه مشار كته ، لثبوته في الاصل مشتركاً ، ولو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه براء ، لانه بمنزلة قبضه ، وليس للشريك الرجوع عليه بشيء ، لانه لم يقبض شيئاً من حق الشريك انتهى .

وهو ظاهر فيما قدمنا نقله عنهم مع ورود ما ذكرناه عليه .

ويزيد بياناً أنه لا يخلو الامر في هذا المقبوض ، اما أن يتعين كونه من الدين المشترك الذي في الذمة ، وحينئذ فيترتب عليه ما يترتب على المشترك ، من أنه لو تلف كان من الجميع ، وعدم الرجوع على الغريم بحصته من ذلك لان الحق المشترك قد تعين ، وانحصر في المأخوذ ، وأنه لا يجوز للشريك التصرف فيه الا باذن الآخر . واما أن لا يتعين كونه منه ، فانه يكون باقياً على ملك الغريم ، ولا يتعين حق القابض فيه ، فضلا عن الشريك الآخر وهم لا يقولون بذلك ، أو يتعين كون الكل حقه ، كما يدل عليه قولهم أنه لو تلف في يده تعين حقه فيه ، ولم يضمنه الشريك ، فلا وجه لرجوع الشريك عليه ، وكونه شريكاً له فيه ، ولا معنى لقولهم : «أن الدين غير قابل للقسمة» .

وبالجملة : فان كلامه هنا لا يخلو من تدافع وتناقض ، وتوضيحه زيادة على ما عرفت أن قوله : «يقضى قسمة الدين في الذمة من غير رضی الشريك وهو باطل» يعطى أنه مع الرضاء صحيح ، وهم لا يقولون بذلك ، وقوله : «فوجب أن يكون المأخوذ لهما ،

والباقي بينهما، صريح في الشركة ، وكذا قوله: «رجع من توى ماله علي من لم يتو» ، وحينئذ فيجب أن يترتب عليه ما ذكرناه من عدم الرجوع على الغريم وكان التالف منهما ، وقوله: «فليس له تسليم حق أحدهما الى الآخر» ظاهر في عدم تعين حق للشريك الآخر في ذلك المقبوض ، وكذا قوله: «تعدى بالقبض» مع أنه لاختلاف في التشريك .

ويمكن الجواب عن الاشكال المذكور وما يترتب عليه من هذه الاحور ، بأن يقال : ان الحكم بأن ما خرج فهو مشترك بينهما - يجري فيه ما يجري في المشتركات - ليس على اطلاقه ، اللزم منه تعين حق الشريك في ذلك المقبوض من حيث الشركة .

وكذا قولهم : «ان الدين المشترك لا يقبل القسمة» ليس على اطلاقه ، بل المراد أنه اذا طالب أحد الشريكين بحقه فلا شبهة في استحقاقه ذلك ، ومن ثم اجمعوا على أن له المطالبة منفرداً ، فاذا دفع له المديون شيئاً من المال المشترك على أن يكون حقه حصته ، فللشريك الآخر اجازة ذلك والرضا به ، فيكون شريكاً له فيه ، وأن لا يرضا به ولا يجيزه ، فيكون حقه باقياً ذمة المديون ، ومن هنا قالوا : بالتخير بين الرجوع على الشريك ، أو الرجوع على المديون ، وأنه مع التالف يكون على القابض خاصة ، دون الشريك ، يعنى من حيث عدم الاجازة والرضا بذلك ، وأن حقه رجع الى ذمة المديون ، وأما قولهم : «أن الدين المشترك لا يقبل القسمة» ، فالمراد أنه لا يقبل القسمة مع استلزامها فوات حق أحد الشريكين ، والا فالقسمة فيه جائزة مفيدة للملك في الجملة ، إلا أن لزومها متوقف على حصول حصة كل من الشريكين بيده أو يد وكيله ، فلوتراضيا بالقسمة صحت بشرط وصول كل حق الى مستحقه أو بمعنى أن ما حصل فلهما وما توى فعليهما .

ألا ترى أن الاخبار المتقدمة كلها متفقة في أنه بعد القسمة ان توى مال أحدهما وخرج مال الآخر رجع من لم يقبض على من قبض وأن رجوع من لم يقبض

ج ٢١ في عدم جواز الشر كة بكون الجمل من أحدهما والسقاء من الآخر ١٨٧

على من قبض ، انما هو من حيث ذلك ، ولا دلالة فيها على المنع من القسمة ، مع وصول كل حق الى مستحقه ، بل ظاهرها أنه مع ذلك فالقسمة صحيحة ، فان قوله (عليه السلام) من جملتها « ما يذهب بماله » ظاهر ، في أنه لو لم يذهب شيء من المال ، كانت صحيحة ، وحينئذ فلو فرضنا وقوع القسمة بغير رضاها ، بأن أخذ أحد الشريكين حصة من الغريم ، على انها حصته فقط ، فليس للشريك الآخر مزاحمته والاخذ منه لان حقه في ذمة الغريم ، وقد أعطاه حقه ، فيكون المال له الآن لزوم ذلك وصيرورته بحيث لا يزاحمه الشريك الآخر موقوف على وصول حق الشريك اليه وعدم تلفه ، وهذا الوجه أنسب بالنظر الى الاخبار كما عرفت ، والاول أنسب بالنسبة الى كلام الاصحاب والله العالم .

المسئلة الثانية - قال في المختلف : اذا شارك نفسان في سقاء ، على أن يكون من أحدهما جمل ، ومن الآخر راوية ، واستقى فيها على أن ما يرتفع يكون بينهما لم يصح هذا الشر كة ، لان من شرطها اختلاط الاموال ، وهذا لم يختلط ، ولا يمكن أن يكون اجارة ، لان الاجرة فيها غير معلومة ، فالحاصل للسقاء ، ويرجع الاخران عليه بأجرة المثل في مالهما من جمل وراوية .

قاله ابن ادریس والشيخ أيضاً ، قال ذلك في المبسوط ، قال فيه : وقيل : يقسمون بينهم أثلاثا ، ويكون لكل واحد منهما ثلثها ، ويكون لكل واحد منهم على صاحبه أجرة ماله على كل واحد منهما ثلثها ، ويسقط الثلث ، لان تلك النفع حصل له ، قال الشيخ : والوجهان قريبان ، ويكون الاول على وجه الصلح ، والثاني من الحكم ، وما قرب به الشيخ قريب انتهى .

أقول : لا ريب في بطلان الشر كة المذكورة لانها مركبة من شر كة الابدان وشر كة الاموال مع عدم المزج ، وكل منها باطل كما تقدم ، ومقتضى القواعد في مثل هذا هو ما ذكر أولاً من أن الحاصل للسقاء ويرجع عليه الاخران بأجرة المثل .

وأما الثاني فلا وجه له ، الا ، أن يرجع الى أجره المثل ، فقول الشيخ أن الاول على وجه الصلح ، و الثاني من الحكم لأعرف له وجهاً وجيهاً ، وتوضيح الثاني من الوجهين المذكورين أنه يقسم الحاصل بينهم أثلاثاً ، فان كانت أجره مثلهم متساوية فلا بحث ، وان كانت متفاضلة رجع كل واحد منهم بثلك أجره مثله على الآخرين ، مضافاً الى الثلث الذي حصل له ، فلوفرض أن الحاصل كان ستة دراهم ، فانهم يقتسمونها أثلاثاً لكل واحد درهمان ، و كان أجره المثل للسقاء ثلاثة دراهم ، ولصاحب الراوية درهمان ، ولصاحب الدابة درهم ، فانه يرجع السقاء بثلك أجرته ، وهو درهم على صاحب الدابة ، وبثلثهما وهو درهم على صاحب الراوية فيحصل عنده أربعة دراهم ، ويرجع صاحب الراوية على كل من السقاء وصاحب الدابة بثلتي درهم ، فصار معه درهمان وثلث درهم ، ويرجع صاحب الدابة على كل من الآخرين بثلك درهم فصار معه درهم ، وحينئذ فيصير لكل واحد أجره مثله ، وهي ثلاثة للسقاء واثنان لصاحب الراوية ، و واحد لصاحب الدابة .

قال في المسالك بعد ذكر الوجه الاول . وهذا يتم مع كون الماملكا للسقاء أو مباحاً ونوى الملك لنفسه أولم ينو شيئاً ، أما لو نواه لهم جميعاً كان كالوكيل ، والأقوى انهم يشتركون فيه ، حينئذ ويكون أجرته وأجره الراوية والدابة عليهم أثلاثاً فيسقط عن كل واحد ثلث الاجرة المنوية اليه ، ويرجع على كل واحد بثلك انتهى .

وأنت خير بأن ظاهر عبارة الشيخ المتقدمة هو كون محل الوجهين أمراً واحداً ، وعليه جمد العلامة في نقله له ، وظاهر كلامه هنا أن كلامنا الوجهين مبني على أمر غير ما بنى عليه الآخر ، على انه سيأتى في المسئلة الآتية ما يدل

على أن المراد مجرد هذه النية التي فرع عليها هذا الوجه لا يؤثر في الاشتراك، كما هو صريح عبارة المحقق الآتية في تلك المسألة، وكذا صريح عبارة الشيخ الآتية، وظاهره المجموع على عبارة المحقق الآتية، وانما نازع في الوكيل خاصة، ودعواه هنا أنه كالمكيل يجري في عبارة المحقق الآتية، مع أنه لم يقل بذلك. والله العالم.

الثالثة: لو هاش صيداً واحتطب أوحش بنية أنه له ولغيره لم تؤثر تلك النية، وكان بأجمعه له خاصة، صرح به المحقق في الشرايع، وبحوزة ذلك صرح الشيخ في المبسوط، فقال: إذا أذن الرجل أن يصطاد له صيداً فاصطاد الصيد بنية أن يكون للامرء، فلمن يكون هذا الصيد؟ قيل فيه: إن ذلك بمنزلة الماء المباح إذا استسقاء السقاء بنية أن يكون بينهم، وأن الثمن يكون له دون شريكه، فههنا يكون الصيد للمصايد دون الامر، لانه تفرد بالحيازة، وقيل: أنه يكون للامرء لانه اصطاده بنيته، فاعتبرت النية والاول أصح انتهى.

ومقتضى القول الثاني فيما نقله هنا أن يكون كذلك في المسألة التي نقلناها عن المحقق، مع أنه لم ينقل ثمة خلافاً، وبناء ما حكموا به على أن المملك هو الحيازة، والنية لا أثر لها هنا وهو مشكل، وقد نقل في المختلف عن الشيخ في باب احياء الموات من الكتاب المذكور أنه إذا نزل قوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها، ويسقوا بها غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم، ولم يقصدوا التملك بالاحياء؛ فانهم لا يملكونها لان المحيى انما يملك بالاحياء اذا قصد تملكه به، فانه اعتبر هنا النية والقصد الى الملك، والالم يملك، وهو ظاهر في عدم الاكتفاء بمجرد الاحياء والحيازة، وقال في باب الشرية من المبسوط أيضاً: يجوز أن يستأجره ليحتطب له أو يحش له مدة معلومة.

أقول: وهذا الكلام أيضاً ظاهر في أنه لا بد في صحة الحيازة، من

نية التملك والامساك بالاستيجار لان المستأجر يملكه بمجرد الحيازة فلا يتصور ملك المستأجر له ، وأما اذا قلنا بتوقفه على النية ، فانه يصح الاستيجار ، وكذا يصح التوكيل في ذلك ، لان الملك يكون تابعا للنية ، فاذا نوى ملك غيره مع كونه نائبا عنه صح .

قال في المختلف بعد نقل هذه الاقوال عن الشيخ : وعندى في ذلك تردد . وقال في المسالك - بعد نقل عبارة الشرايع المتقدمة الدالة على جزئه بعدم تأثير النية وأن الجميع لمن حازه خاصة : ما صورته هذا الجزم انما يعم لولم يكن وكيلا للغير في ذلك ، والا لاتي الاشكال الذي ذكره من توقف ملك المباح على النية ، فانا لو قلنا بتوقفه وكان وكيلا ثبت الملك لهما ؛ ولو قلنا بعدم توقفه فقي ثبوت الملك للمحيز نظر ، من حصول علة الملك و هي الحيازة ، فيثبت المعلول ، ومن وجود المانع للملك وهو نية عدمه ، بل اثباته للغير انتهى . وأنت خير بأن مقتضى ما قدمنا نقله عنه في سابق هذه المسئلة من أن السقاء لو نوى كون الماء المباح لهم جميعا كان كالو كيل ، يناق في ما جمد عليه من جزم المصنف هنا بأنه بأجمعه للمحيز خاصة ، وأن النية لم تؤثر شيئا حيث أنه لم يناقش الا فيما لو كان وكيلا بالفعل .

وبالجملة فان كلامه في هذين المقامين لا يخلو من نوع مدافعة ، وكيف كان فان الكلام في هذا المقام مبني على الكلام في حيازة المباح ، وأنه هل يكفي مجرد الحيازة ، أو يحتاج الى النية ، أو تكفي الحيازة مع عدم نية عدم الملك فلو نوى عدمه أثرت ولم يتم الملك ؟ أقوال ثلاثة .

وظاهر جملة من المحققين كالمحقق في الشرايع والعلامة في جملة من كتبه ومنها ما تقدم في عبارة المختلف و نقل عن الشيخ أيضاً التوقف في ذلك ، وهو في محله ، لعدم الدليل الواضح على شيء من هذه الاقوال . ولا يخفى أن هذه

المسئلة لاتعلق لها بكتاب الشركة الامن حيث هذين الفرعين المذكورين ،
والافمحلها انماهو كتاب احياء الموات و سنحقق البحث فيها بعدالوصول اليه
انشاءالله تعالى . واللهالعالم .

الرابعة : قال المحقق : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في
التبض ، دادعى المشتري تسليم الثمن الى البايع ، و صدقه الشريك برء المشتري
من حقه ، وقبلت شهادته على القاضى فى النصف الاخر ، وهو حصة البايع لارتفاع
التهمة عنه فى ذلك القدر ، ولو ادعى تسليمه الى الشريك فصدقه البايع ، لم يبرء
المشتري من شئ من الثمن ، لان حصة البايع لم تسلم اليه و لالى و كيله ،
و الشريك منكر ، فالقول قوله مع يمينه ، و قيل : يقبل شهادة البايع ، والمنع
فى المسئلتين أشبه . انتهى .

أقول : تحقيق الكلام فى هذاالمقام يقع فى موضعين : أحدهما - مالو كانت
الدعوى بين البايع من الشريكين والمشتري ، وهى تنجر بالآخرة أيضاً الى
الدعوى بين الشريكين كما سيظهر لك انشاءالله تعالى ، فهيهنا صورتان : الاولى -
وقوع الدعوى بين البايع من الشريكين و المشتري ، والمفروض فيها أن البايع
من الشريكين و كيل من جهة الشريك الاخر فى قبض الثمن ، كما أنه و كيل
فى البيع ، ففى هذه الحالة ادعى المشتري أنه دفع الثمن الى البايع ، و صدقه
الشريك الاخر ، وأنكر البايع ذلك ، فان أقام المشتري البينة برئت ذمته من الحقين ،
أما من حق البايع فبالبينة وامام من حق الشريك الاخر فيها وبتصديقه للبايع فى دعواه .
ولو كان عدلا قبلت شهادته على شريكه ؛ لان الشهادة على الشريك مقبولة ،
لامانع منها ، لعدم التهمة ، لكنها انما تقبل فى حصة الشريك البايع لا فى الجميع
المتضمن لحصة نفسه ، لتطرق التهمة فيها (١) كما يشير اليه قوله : «وقبلت شهادته

(١) ووجهه على ما ذكرناه أنه لو ثبت ذلك بشهادته لطالب الشهود عليه بحقه ، وذلك

جر نفع ظاهر ، فلا تقبل حيثئذ للتهمة . منه رحمه الله .

على القابض في النصف الآخر، وهو حصة البايع، لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر. وان لم يقم المشتري بينة بأداء الثمن كان القول قول البايع يمينه، لانه منكر، وحينئذ فان حلف استحق أخذ نصيبه خاصة، لاعتراف شريكه ببراءة ذمة المشتري، حيث أنه واقفه على دفع الثمن، وأنه صار برئ الذمة، وأن شريكه قد قبض ذلك اصاله لنفسه، ووكالة عنه، والوكالة قد بطلت بفعل متعلق الوكالة وهو القبض، فليس له مشاركة الشريك فيما قبضه باليمين وان كان المال في الاصل مشتركاً، لاعترافه بأن ما قبضه شريكه ظلم، وأن حقه انما هو في ذمة شريكه البايع بالقبض الاول، وان نكل البايع عن اليمين ردت على المشتري. فان حلف انه أقبض الثمن جميعه انقطعت عنه المطالبة، وان نكل (١) ألزم بنصيب البايع خاصة.

قالوا: وحيث يثبت الاداء الى البايع بالبينه، فللشريك المطالبة بحصته، دون ما اذا ثبت ذلك بشاهد ويمين أو باليمين المردودة على المشتري، أو بنكول البايع على القول بالقضاء به، لان ذلك انما يؤثر في حق المتخاصمين، لا في حق غيرهما.

أقول: والظاهر أن السبب في ذلك من حيث اليمين، لانها لا يثبت مالا لغير الحالف كالبينه، وعليه يتفرع النكول كما لا يخفى.

الصورة الثانية: الدعوى بين الشريكين، وقد عرفت أن الشريك البايع وكيل من جهة شريكه المدعى هنا في قبض الثمن، وهو قد صدق المشتري في

(١) قال في المسالك: فان نكل يعني المشتري ألزم نصيب البايع ان لم نقض بالنكول، لاصالة بقاء الثمن في ذمته، حيث لم يثبت الاداء بحصة البايع. انتهى.

أقول: والظاهر ان رد اليمين على المشتري بعد نكول البايع مبنى على ما هو المشهور بين المتأخرين والا فانه على القول الآخر، وهو انه متى نكل المنكر عن اليمين يقضى عليه بمجرد نكوله لا يتجه الرد على المشتري. منه رحمه الله.

قبض شريكه له ، وحينئذ فالشريك هنا يدعى على شريكه البايع حصته من الثمن ، وشريكه يدعى بقاءها في ذمة المشتري لانكاره القبض منه وعلى هذا فان أقام الشريك بينة بأن شريكه البايع قد قبض الثمن من المشتري كما يدعيه رجع عليه بحقه منه ، والا فالقول قول شريكه ، لانه منكر القبض ، فيقبل قوله مع يمينه ، فان حلف انقطعت الدعوى ، وان نكل أورد اليمين حلف الشريك المقر ، واخذ منه حصته ، ولا يرجع البايع بذلك على المشتري ، لاعترافه بظلم شريكه له في فعله ، وأنه لا يستحق في ذمته شيئا ، وانما حقه باق في ذمة المشتري ، ولان ذمة المشتري بريئة من حصته ، لاعترافه بدفع ذلك الى البايع ، فلا يمكن أن يقال ان رجوعه عليه لكونه قد أدى عنه ديناً في ذمته ، فيرجع به عليه .

هذا كله فيما اذا تقدمت الخصومة الاولى على الثانية كما رتبناه .

اما اذا تقدمت الثانية فان الحكم كما ذكرنا ايضا ، الا أن الشريك المقر لا تقبل شهادته على البايع ، لسبق خصومته فيتطرق اليه التهمة .
وثانيهما : مالو كانت الدعوى بين المشتري والشريك الاذن بأن ادعى المشتري أنه بعد الشراء من الشريك البايع سلم الثمن الى شريكه الاخر ، وصدقه الشريك البايع على ذلك ، والشريك المدعى عليه منكر ، فالقول قوله يمينه ، كما هي القاعدة المتفق عليها .

وتفصيل الكلام هنا أن يقال ان البايع هنا اما أن يكون قد أذن للشريك المدعى عليه في قبض حصته من الثمن أولا وعلى التقديرين فاما أن قد أذن أيضاً لشريكه البايع في القبض أم لا ، وحينئذ فان كان الشريك المدعى عليه مأذونا في القبض برىء المشتري من حصة البايع ، لاعترافه بقبض وكيله حيث

أنه صدق المشتري في دعواه الدفع لشريكه ، والحال أنه مأذون منه وان لم يكن مأذوناً في القبض لم يبرئ المشتري من حصة البايع ، لانه لم يدفع حصته اليه ، ولا الى وكيله ، أما عدم الدفع اليه فظاهر ، لان المشتري انما يدعى الدفع على شريكه ، وأما عدم الدفع الى وكيله فلان المدعى عليه غير وكيل ، ولا مأذون كما هو المفروض ، وكذا لا يبرئ ذمته من حصة الشريك المدعى عليه ، لانكاره القبض . وحينئذ فيقدم قول الشريك المدعى عليه بيمينته مع عدم البينة .

نعم ان طالب البايع المشتري بحصته ، فلشريكه مشاركتة في ذلك كما في كل مال مشترك لأنه منكر للقبض ، والمال الذي في ذمة المشتري مشترك بينهما ، وله أن لا يشاركه ، بل يرجع على المشتري بحصته ويطلبها ، وعلى تقدير مشاركتة للبايع في حصته التي قبضها من المشتري ، انما يبقى للبايع ربع الثمن وليس للبايع مطالبة المشتري بعوض ما أخذه شريكه ، لانه يعترف بظلم الشريك له في المشاركة ، وأخذه نصف ما قبضه .

ثم انه متى شارك فيما قبضه (١) رجع ببقية حصته على المشتري ، لان حقه منحصر فيهما ، وأما قوله في آخر العبارة « وقيل : تقبل شهادة البايع والمنع في المسألتين أشبه » ، وأشار بالمسألتين الى هذه المسئلة وسابقتها باعتبار اشتغالها على شهادة الشريك للمشتري على البايع ففيه تفصيل .

أما في المسئلة السابقة فقد تقدم بيانها ، وأما في هذه فانه لا يخلو اما أن يكون الشريك المدعى عليه القبض مأذوناً من جهة شريكه البايع في القبض أم لا ، فعلى

(١) اقول : مشاركتة له فيما قبضه بناء على ظاهر كلام الاصحاب في مسألة المال المشترك كما تقدم ، واما على ما يظهر من الاخبار كما قلتم الاشارة اليه من أن رجوع الشريك على شريكه مقاسمة له مخصوصة بما اذا توى بقية المال ، والا فالقسمة صحيحة ، وحصة الغير القابض يرجع بها على من عليه المال في ذمته لا على شريكه ، الا ان يتعذر حصولها فيرجع على الشريك حينئذ ولا يرجع هنا على الشريك . منه رحمه الله .

الاول لا تقبل لحصول التهمة ، لانه بالنسبة الى حصته يشهد لنفسه على الذي لم يبيع لان المفروض أن القابض مأذون من جهة في القبض ، ووكيل عنه ، فهو في الحقيقة يشهد لنفسه على شريكه .

وحينئذ يلزم تبعض الشهادة ، والشهادة اذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي أم لا ؟ وجهان : عندهم .

وأما على الثاني فانها تقبل لعدم التهمة ، حيث إن الشريك ليس وكيلا للبايع في القبض ، وانما حق البايع باق على المشتري كما تقدم ، فليست الشهادة متبعضة كالاولى ، هذا ما يفهم من تقرير الاصحاب في المسئلة .

وأما كلام المحقق هنا واختياره المنع من قبول لشهادة البايع ، مع أن المفروض في كلامه انما هو الثاني من هذا التردد ، فقيل : ان الوجه فيه أن البايع وهو الشاهد ، وان لم يكن شريكا للقابض فيما قبضه ، لعدم الاذن له ، الا أن الشهادة تجر نفعا ، من حيث أنه اذا حصل الثبوت بهذه الشهادة بانضمام شاهد آخر أويمن مثلا ، وقبض هذا الشاهد نصيبه من المشتري مسلم له ، ولا يشاركه فيه شريكه ، بناء على استحقاق المشاركة اذا لم يثبت القبض ، هذا ملخص كلامهم في هذا المقام .

ولا يخفى على من راجع كتاب التذكرة أن أصل هذه المسئلة وطرحها في محل البحث انما هو من العامة ، كسائر المسائل المذكورة ، ولهم فيها أقوال منتشرة ، واختلافات متكررة ، وقد جرى فيها أصحابنا على بعض ما جروا عليه ، واختاروا فيها ما جنحوا اليه ، وجملة من شقوها موافقة للاصول الشرعية ، وجملة منها مداركها غامضة خفية ، والله العالم .

الخامسة : قال الشيخ في الخلاف : اذا كان لرجلين عبدان لكل واحد منهما

عبد بانفراده ، فباعاهما من رجل واحد بثمان واحد لا يصح البيع ، لانه بمنزلة عقدين ، لانه لما قدين ، وثمان كل واحد منهما مجهول ، لان ثمنهما يتقسط على قدر قيمتهما ، وذلك مجهول والثمان اذا كان مجهولا بطل العقد ، بخلاف ما لو كانا لواحد ، لانه عقد واحد ، وانما بطل الاول من حيث كانا عقدين .

وقال في المبسوط : اذا كانا مختلفي القيمة بطل ، وان تساويا صح انتهى .
وظاهر كلام جملة من المتأخرين الصحة مطلقا .

قال في المختلف بعد نقل ذلك عن الشيخ : والقولان ضعيفان عندي ، والحق صحة البيع فيهما ، سواء كان متفادتي القيمة أو متساوي القيمة ، لان الثمن في مقابلة المجموع ، والتقسيط الحكمي لا يقتضي التقسيط لفظاً ، والجهالة انما تنطرق بالاعتبار الثاني ، دون الاول ، ولهذا لو كان عبداً واحداً واحدهما فيه حصة والباقي للآخر ولم يعلم حصة كل واحد منهما فباعاه صفقة واحدة صح البيع ، وان اختلف عوض كل واحد من الحصتين ، باعتبار اختلافهما وكونهما في حكم العقدين لا يقتضي كونهما عقدين ، ولهذا لو فسخ في أحدهما لم يكن له الارء الاخر ، وذلك يدل على اتحاد الصفقة . انتهى .

وهذا الكلام بأدنى تفاوت عبر في المسالك ، وربما أشعر ظاهر كلام المحقق في الشرايع بالتوقف ، حيث اقتصر على نقل القولين في المسألة مع حجة القول بالبطلان ، ولم يتعرض لازيد من ذلك ، والظاهر هو القول بالصحة لما عرفت ، وقد مر نظير ذلك في كتاب البيع في مسألة بيع ما يملك وما لا يملك .

أما لو كان العبدان لهما معاً أو كانا لواحد فلا اشكال ولا خلاف في الجواز ، لزال ما توهم منه المنع في تلك المسئلة وهو تقسيط الثمن عليهما ، بل يقسمانه على نسبة الحصص ، وكذا لو كانا لواحد مع أن ذلك التقسيط لو أثر لا يمكن

تطرقه هنا لوعرض لأحد هما ما يبطل البيع كما لو خرج مستحقاً للغير ، أو ظهر كونه حراً ، فإن البيع في نفس الامرانما وقع على المملوك ، ولا يعلم قطه من الثمن ، ووجه الصحة في الجميع أن ثمن المبيع وقت العقد معلوم ، والتوزيع لاحق ، فلا يقدح في الصحة .

السادسة : قد تقدم أن شركة الأبدان باطلة ، وحينئذ فلو اشتركا كذلك فإن تميز أجرة كل واحد عن صاحبه اختص كل واحد بحصته ، ولو تميز بعضها اختص أيضاً به ، وهو مما لا خلاف فيه ولا اشكال ، وإنما الاشكال مع اشتباه الحال فقيل : أنه يقسم الحاصل على قدر أجرة مثل عملهم ، نظراً إلى أن الغالب العمل بأجرة المثل ، وأن الأجرة تابعة للعمل .

ومثله قسمة ثمن ما باعاه مشتركا بينهما على ثمن مثل ما لكل منهما ، وعلى هذا لو تميز بعض حق كل منهما أو أحدهما ضم إلى الباقي في اعتبار النسبة ، وإن اختص به مالكة ، وهذا القول اختيار المحقق في الشرايع .

وقيل : بتساويهما في الحاصل من غير نظر إلى العمل ، لاصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر ، ولأن الاصل مع الاشتراك التساوى ، ولصدق العمل على كل واحد منهما ، والاصل عدم زيادة أحد العاملين على الآخر ، والحاصل تابع للعمل ، ونقل هذا عن العلامة في أحد وجهيه ، ورد بمنع كون الاصل في المال والعمل التساوى ، بل الاصل هنا يرجع إليه ، لأن زيادة مال شخص أو عمله على آخر وتقصانه ومساواته ليس أصلاً لا بحسب العادة ، ولا في نفس الامر .

وبالجملة فضعف هذا الوجه أظهر من أن يحتاج إلى مزيد تطويل .

وقيل : بالرجوع إلى الصلح ، لأنه طريق إلى تيقن البراءة كما في كل

مال مشتبه ، ونقل أيضاً عن العلامة في الوجه الآخر .

قال في المسالك : ولا شبهة في أنه أولى مع اتفاقهما عليه ، والا فما اختاره المصنف أعدل من التسوية .

أقول : ولا يخفى أن المسئلة غير منصوطة ، والاحتياط فيها واجب ، وهو يحصل بالقول الثالث ، وأما الاول فانه وان كان أقل بعداً من الثاني الا أنه لا يخلو أيضاً من شيء فان مجرد كون الغالب العمل بأجرة المثل لا يصلح لان يكون سبباً مملكاً شرعياً لما زاد بحسب الواقع ، فانه يجوز أن يكون أجرة عمل أحدهما بالنظر الى أجرة المثل درهمين ، وأجرة الاخرى بالنظر الى ذلك ثلاثة دراهم ، فلو اقتسما كذلك وكان الامر بحسب الواقع الذي قبضه كل منهما هو بالعكس ، لاحد الاسباب المقتضية لذلك من تراض ، ومسامحة أو مناقشة ، فانه لا يكون مبيحاً للزيادة التي في أحد الطرفين ، ولا حاسماً لمادة الاشكال واقعاً في البين بل الواجب عليهما لتحصيل براءة الذمة ييقين هو الرضاء بالصلح ليخرجوا بذلك من غضب رب العالمين . والله العالم .

كتاب المضاربة :

قال في التذكرة : وهي عقد شرعى لتجارة الانسان بمال غيره بحصة من الربح . انتهى .

وهذه التسمية لغة أهل العراق ، وأما أهل الحجاز فيسمون هذه المعاملة قراضاً ، قيل : ووجه المناسبة بالنسبة الى التسمية الاولى أنها من الضرب فى الارض ، قال الله تعالى : « وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله » (١) لان العامل يضرب فيها للسعى على التجارة وابتغاء طلب الربح بطلب صاحب المال ، فكان الضرب مسبباً عنها طرداً لباب المفاعلة فى طرفى الفاعل ، أو من ضرب كل منهما فى الربح بسهم ، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه .

وأما وجه المناسبة فى التسمية الثانية ، فهو اما من القرض ، وهو القطع كما يقال : قرض الفار الثوب أى : قطعه ، ومنه المقرض ، لانه يقطع به ، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة ، وسلمها الى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح ، أو من المقارضة ، وهي المساوات والموازنة ، يقال : تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الآخر بشعره .

وحكى عن أبى الدرداء أنه قال : قارض الناس ما قارضوك ، فان تركتهم لم يتركوك يريد سادهم فيما يقولون ، وهذا المعنى تحقق هنا ، لان المال من جهة رب المال ، ومن جهة العامل العمل ، فقد تساويا في قيام العقد بهما ، فمن هذا المال ومن هذا العمل ، ويحتمل أن يكون ذلك لاشتراكهما في الربح ، وتساويهما في أصل استحقاقه ، وان اختلفا في كميته ، ويقال منه للمالك مقارض بكسر الراء ، وللعامل مقارض بالفتح ، ومن اللفظة الاولى يقال للعامل : مضارب بكسر الراء ، لانه الذى يضرب فى الارض بالمال ويقبله ، ولم يشترط أهل اللغة لرب المال من المضاربة اسما ، بخلاف القراض ، كذا فى التذكرة ، ونحوه فى المسالك .

وقال فى المسالك : واعلم أن من دفع الى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو اما أن يشترطا كون الربح بينهما ، أو لاحدهما أو لا يشترطا شيئا ، فان اشترطاه بينهما فهو قراض ، وان اشترطاه للعامل فهو قرض ، وان اشترطاه للمالك فهو بضاعة ، وان لم يشترطا شيئا فكذلك ، الا أن للعامل أجرة المثل ، ونحوه قال فى التذكرة .

واعترضهما المحقق الاردبيلي هنا فى موضعين : أحدهما - فى البضاعة ، حيث حكى بأن للعامل أجرة المثل ، قال بعد نقل عبارة التذكرة قوله : « وعليه أجرة المثل للعامل » محل التأمل ، لان الاصل عدم لزوم الاجرة ، وما ذكر من أنه اذا استعمل شخص بعمل له أجرة عادة لمثل هذا الشخص ، يستحق به أجرة المثل ان ثبت ذلك ، وكان مانع من فيه من ذلك القيل يكون له أجرة المثل ، والا فهو متبرع لما مر . انتهى .

وحاصله يرجع الى قيام احتمال التبرع ، فالحكم بالاجرة مع الاطلاق يحتاج الى دليل ، وليس فليس ، وهو جيد .

وثانيهما - قولهما في صورة ما اذا اشترطا الربح للعامل أنه قرض ، فان ظاهره المنع من الحكم بكونه قرضاً بمجرد هذا الشرط ، قال (رحمة الله عليه) : وكذا قوله : « كان المال قرضاً وديناً » فان القرض يحتاج الى صيغة خاصة ، وله أحكام خاصة ، والمفروض عدم وجودها من المالك ، فكيف يحكم بوجوده ، وترتب أحكامه عليه ، ولان خروج المال عن ملك مالكة ودخوله في ملك آخر يحتاج الى ناقل ، وما وجد الا نحو قوله : « اتجر فيه فيكون الربح لك » وغير معلوم كون هذا المقدار مملكاً ، باعتبار أن كون الربح له فرع كون المال له ، فكانه قال : المال لك بالعوض ، فربحه لك ، لان الاكتفاء في خروج مال عن ملكه ودخوله في ملك آخر بمثله من غير دلالة شرع به مشكل ، على أنه قد يكون العامل أو القائل جاهلاً لا يعلم أنه لا يمكن كون المال باقياً على ملكه ، وكون الربح للعامل ، اذ يكون مقصوده اعطاء الربح للعامل ، بعد ان كان له ، وبالجمله ان وجد دليل مفيد لنقل الملك مع العوض يكون قرضاً ، والا فلا . انتهى .

وهو جيد أيضاً ، الا أنه يمكن الجواب هنا بأنه ليس المراد ثبوت القرض وحصوله بمجرد هذا الاشتراك بل مع حصول القرض أو بصيغته الدالة عليه ، والا لورد ما قاله أيضاً بالنسبة الى القراض الذي هو محل البحث ، فانه لا بد فيه من صيغة خاصة عندهم ، مع أن ظاهر هذا الكلام الاكتفاء بمجرد هذا الاشتراط ، وهم لا يقولون به . وبالجمله فالمراد انما هو أن اشتراط الربح لهما معاً انما يكون في القراض ، واشتراطه للعامل خاصة انما يكون في القرض ، وللمالك خاصة انما يكون في البضاعة ، وهذا لا يدل على حصول القراض بمجرد هذا الاشتراط كما يوهمه ظاهر الكلام المتقدم ، ولا على حصول القرض كذلك (١) .

(١) قال في المسالك : وعقد القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة

على أنه يمكن الاستدلال هنا بما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن قيس (١) في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) : قال : قال أمير المؤمنين (ع) : من اتجر مالا واشترط نصف الريح فليس عليه ضمان ، وقال : من ضمن تاجراً فليس له الا رأس ماله ، وليس له من الريح شيء .

ومثله موقعة محمد بن قيس (٢) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : قضى على (عليه السلام) في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الريح فليس على المضارب ضمان وقال أيضاً : « من ضمن مضاربة فليس له الا رأس المال ، وليس له من الريح شيء . » والتقريب فيهما أنه بمجرد تضمين المالك للمضارب يصير المال قرضاً ، ويخرج عن المضاربة ، وإن لم يتقدم هناك عقد القرض أولاً ، وهو في معنى اشتراط الريح للعامل ، فإن الأمرين من لوازم القرض .

قال في الوافي بعد نقل الخبرين المذكورين : أريد بالحديثين أن في المضاربة لضمان على العامل ، فإن اشترط عليه الضمان يصير قرضاً انتهى . ومرجه إلى أنه باشتراطه الضمان كأنه قصد أن المال يكون قرضاً حينئذ ، كما أنه باشتراط الريح للعامل خاصة كأنه قصد ذلك ، وبه يندفع الإيراد الثاني ، وأما الأول فهو لازم .

والكلام في هذا الكتاب يقع في مقاصد أربعة :

الاول : في العقد وما يلحق به ، وفيه مسائل : الاولى - قال العلامة في

→

التعدد وعدم ظهور ربح ودعى أمين ، ومع ظهوره شريك ومع التعدد غاصب وفي تصرفه وكيل ومع فساد العقد أجبر . انتهى . أقول : الظاهر أن المراد أنه يترتب على هذا العقد من اللوازم باعتبار وجود بعض الأمور وعدم بعض ما يترتب على تلك العقود ، لأن تلك العقود حاصلة في ضمن العقد كما يشعر به ظاهر الكلام . منه رحمه الله .

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٦ ، الوسائل

ج ١٣ ص ١٨٤ ح ٢ و ٤ .

التذكرة : لا بد في هذه المعاملة من لفظ دال على الرضا من المتعاقدين ،
 اذ الرضاء من الامور الباطنية التي لا يطلع عليها الا الله تعالى ، وهذه المعاملة
 كغيرها من المعاملات يشترط فيها الرضا للاية ، واللفظ الدال على الايجاب أن يقول
 رب المال : ضاربتك أو قارضتك أو عاملتك على أن يكون الربح بيننا نصفين ،
 أو أثلاثا ، أو غير ذلك من الوجوه ، بشرط تعيين الاكثر لمن هو منهما ، والاقبل
 كذلك ، والقبول أن يقول العامل قبلت أو رضيت أو غيرهما من الالفاظ الدالة
 على الرضاء بالايجاب ، وكذا الايجاب لا يختص لفظاً فلو قال : خذ واتجر به على
 أن ما سهل الله في ذلك من ربح وفائدة يكون بيننا على السوية ، أو متفاوتا جاز ،
 ولا بد من القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود ، وهل يعتبر اللفظ ؟
 الاقرب عدمه ، فلو قال : خذ هذه الدراهم واتجر بها على أن الربح بيننا على
 كذا ، فأخذها واتجر بها فالاقرب الاكتفاء به في صحة العقد ، كالوكالة ويكون
 قراضاً .

ثم نقل عن جملة من العامة أنه لا بد من القبول ، بخلاف الوكالة ، فان
 القراض عقد معاوضة ، فلا يشبه الوكالة التي هي اذن ، ثم قال : والوجه الاول .
 أقول : قد عرفت في غير موضع مما تقدم سهولة الامر في العقد ، وأنه ليس
 الا مادل على التراضي بتلك المعاملة ، وظاهر كلامه هنا وكذا كلام غيره
 الاكتفاء بما دل على الرضا ، وان كان فعلا في جانب القبول .

قال شيخنا الشهيد الثاني في الروضة : وفي اشتراط وقوع قبوله لفظاً أو
 جوازه بالفعل ، قولان : لا يخلو ثانيهما من قوة ، وبذلك يظهر لك ما في قوله : « فلا بد
 من القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود » من التأمل ، فانه متى صح
 القبول بالفعل دون القول فلا معنى لاشتراط التواصل الذي هو عبادة عندهم

عن تعقيب الإيجاب بالقبول ، وعدم الفصل بينهما ، فإن هذا إنما يتجه فيما لو كان القبول لفظاً ، إلا أن يراد أنه لابد من التواصل وإن كان القبول فعلاً ، بأن يكون الأخذ بعد الإيجاب بلا فصل ، وهو بعيد .

وبالجملة فإنه لا دليل على اعتبار هذه المقارنة ، بل ربما دلت ظواهر جملة من الأخبار المشتملة على العقود على خلاف ذلك ، والأصل اناطة صحة العقد بالرضا ، والألفاظ الدالة عليه من الطرفين ، فإن ذلك غاية ما تدل عليه الآية والروايات ، وماعده من المقارنة المذكورة خال من الدليل ، ولخلاف بينهم في أن القراض من العقود الجائزة من الطرفين ، ويؤيده أنه وكالة في الابتداء ، ثم قد يصير شركة بعد العمل ، وكل من الوكالة والشركة من العقود الجائزة ، ولا فرق في ذلك بين انضاض المال بمعنى سيورته دراهم بعد أن كان عروضاً ، أو كان عروضاً لم ينض ، فلكل منهما فسخه وإن كان عروضاً ، وليس لصاحب المال أن يكلف المضارب بانضاض العروض بأن يصيرها دراهم كالاول وليس للمضارب أيضاً أن يقول للمالك أصبر حتى ينض المال .

الثانية : في جملة من الشروط الواقعة في العقد ، قال في التذكرة : يجب التنجيز في العقد ، فلا يجوز تعليقه على شرط أو صفة مثل إذا دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ، وكذا لا يجوز تعليق البيع ونحوه لأن الأصل عصمة مال الغير . انتهى .

أقول : لا يخفى ما في دليله من تطرق النظر إليه ، فإن عموم الأدلة الدالة على جواز هذا العقد من آية ورواية شامل لما ذكره ، فإنه تجارة عن قراض ، وعقد المضاربة التي قدمنا نقله عنه في صدر الكتاب شامل له .

وبالجملة فإنه لا دليل يعتمد عليه في ما ذكره من البطالان بهذا الشرط ، والأصل عدمه ولو قال ضاربك سنة بمعنى أنه جعل اجلاً للمضاربة لم تلزم

المضاربة في هذه المدة ، بل لكل منهما فسخها قبل الاجل ، والشرط والعقد صحيحان ، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعد السنة ، لان جواز التصرف تابع للاذن عن المالك ، ولا اذن بعد المدة المذكورة ، وأما العقد فانه لامانع من صحته الا ما ربما يتوهم من هذا الشرط ، وهو غير مناف لمقتضى العقد ، اذ غاية ان التصرف ليس مطلقا بل محدود بوقت معين ، وهو صحيح لما عرفت ، وكذا لو قال له : ان مرت بك سنة فلا تشتري ، أو قال : فلا تباع واشتر ، فان العقد صحيح ، وكذا الشرط لعين ما عرفت ، من أن أمر البيع والشراء منوط بنظر المالك وأمره ، فله المنع منهما بعد السنة ، أو من أحدهما بطريق اولي ، وهذا بخلاف مالهو شرط اللزوم ، بأن قال : على أني لا املك منعك ، فان هذا الشرط مناف لمقتضى العقد ، اذ مقتضاه كما عرفت الجواز ، فيكون الشرط المذكور باطلا ، وبه يبطل العقد على المشهور من أن العقد المشتمل على شرط فاسد باطل ، وشرط الاجل مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص ، وهو غير مناف لمقتضى العقد كما عرفت .

ولو شرط عليه أن لا يشتري الا من زيد ، ولا يبيع الا على عمرو أو لا يشتري الا المتاع الفلاني ، أو لا يسافر الا الى البلد الفلانية ، أو لا يسافر بالكلية صح ووجب عليه العمل بالشرط فان خالف ضمن ، لكن لو ربح كان الربح بينهما .
ويبدل على ذلك جملة من الاخبار منها ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن محمد بن مسلم (١) في الصحيح عن احدهما (عليهما السلام) قال : « سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة ، وينتهي أن يخرج به فخرج قال : ضمن المال ، والربح بينهما » .

وروى الحلبي (٢) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) أنه قال :

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٩ ح ٨٣٦

(٢) المصدر ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٨١ ح ٢٥١

في الرجل يعطى الرجل المال فيقول له : ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها ، واشتر منها قال : فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن ، وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما .

وما رواه من الكافى عن ابي الصباح الكنانى (١) فى الحسن « عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى الرجل يعمل المال مضاربة قال : له الربح وليس عليه من الوضعية شيء ، الا أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال » .

وما رواه الشيخ فى التهذيب عن أبى بصير (٢) « عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة ونهاه أن يخرج به الى أرض أخرى ، فصاه فقال : هو له ضامن ، والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه ، وعن الحلبي (٣) فى الصحيح عن أبى عبدالله (عليه السلام) « قال المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء ، الا أن يخالف أمر صاحب المال » . وما رواه فى الفقيه والتهذيب عن أبى الصباح (٤) « قال سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الأرض ، ونهى أن يخرج به الى أرض غيرها ، فصى فخرج به الى أرض أخرى فمطب المال ، فقال : هو ضامن ، وان سلم فربح فالربح بينهما » .

وما رواه الشيخ عن جميل (٥) « عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة ، فذهب فاشترى به غير الذى أمره به ، قال : هو ضامن ، والربح بينهما على ما شرط » .

وهذه الرواية فى طرقها معادية بن حكيم ، وهو وان قال النجاشي :

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٤١ ح ٧ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٧ ح ١٣ و ١٤ .

(٤) و (٥) التهذيب ج ٧ ص ١٨٩ ح ٢٣ و ١٩٣ ح ٣٩ ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٣

ح ١ وهذه الروايات فى الوسائل ج ١٣ ص ١٨١ و ١٨٢ .

انه ثقة جليل ، الا أن الكشي قال : انه فطحي ، وهو عدل عالم ، وبذلك يظهر لك ما في قول المحقق الاردبيلي ان هذه الرواية أصح الروايات التي في هذا الباب .

وما رواه الشيخ عن الشحام (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في المضاربة اذا أعطى الرجل المال ونهى أن يخرج المال الى أرض أخرى ، فمضاه فخرج به ، فقال : هو ضامن والربح بينهما .

وهذه الاخبار على كثرتها وتعددتها فقد اشتركت في الدلالة على أن الربح بينهما مع المخالفة ، وضمان العامل لو عطب المال أو حصلت فيه قسيمة ، وهو لا يوافق قواعدهم .

ولهذا قال في المسالك : ولولا النص لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفاً أو موقوفاً على الاجازة ، انتهى .

وتوضيحه ما عرفت من أن القراض في معنى الوكالة ، بل هو وكالة ، وحينئذ فان لم يكن وكيلاً في شراء عين فكيف يصح الشراء ، ويترتب عليه حل الربح بينهما ، وكذا فيما لو نهى عن السفر الى جهة أو البيع أو الشراء على شخص بعينه ، مع أنه في الوكالة لا تصح ذلك ، فانه متى وكل على أمر مخصوص وتجاوز الى أمر آخر غير ما وكل عليه فانه يكون بيعه وشراؤه باطلاً ، وكيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذوناً فيه ، ولا مفارضاً عليه ، بل يكون آثماً ضامناً مع أن الاخبار كما عرفت قد اتفقت على حل الربح ، وأنه بينهما .

وهو مؤيد لما قدمناه في غير مقام من أن الواجب هو الوقوف على مقتضى الاخبار ، وان خالفت مقتضى قواعدهم ، ومن الجائز تخصيص قواعدهم بهذه

الاخبار ، فيكون مادلت عليه مستثنى من مقتضى تلك القواعد ، كما قدمنا مثله مراراً .

وأما ما ارتكبه المحقق الاردبيلى هنا من الاحتمالات البعيدة ، والتمحلات غير السديدة ، فلا يخفى ما فيه على من تأمله ، وتدبر ما فى باطنه وخافيه .
ولو اشترط أن يشتري أصلاً يشتركان فى نمائه كالشجر والغنم وحوهما ، قيل : يفسد العقد ، لان مقتضى عقد المضاربة التصرف فى رأس المال بالبيع والشراء ، وتحصيل الربح بالتجارة ، ومن هنا استحق العامل حصته من الربح فى مقابلة هذا العمل ، وما ذكر هنا ليس كذلك ، لان فوائده تحصل من غير تصرف بل من عين المال ، وتردد بعضهم فى الصورة المذكورة نظراً - الى ما ذكر مما يدل على البطلان - والى أن حصول هذه الاشياء انما وقع بسبب سعى العامل ، اذ لولا شرائه لم يحصل النماء ، وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة ، فيكون صحيحاً .

وضف الثانى بان الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد لانماؤه الحاصل مع بقاء عين المال ، وبأن المضاربة تقتضى معاوضتين ، أحدهما بالشراء ، والاخرى بالبيع ، وأقل ما يتحققان بمرة ، وبها يظهر الربح .

والتحقيق أن الفرع المذكور لما كان غير منصوص ، فالحكم فيه بأحد الوجهين مشكل ، والبناء على هذه العلل الاعتبارية مجازفة فى الاحكام الشرعية المطلوب فيها العلم واليقين بالاستناد الى السنة النبوية ، أو الكتاب المبين ، ولا سيما مع تعارضها وتدافعها كما عرفت .

ثم انه على تقدير القول بفساد المضاربة ، الظاهر أنه لا مانع من صحة الشراء المذكور ، لدخوله تحت اطلاق الاذن للعامل بالبيع والشراء ، فيكون

النماء الحاصل بأجمعه للمالك ، وعليه أجرة المثل للعامل ، ويحتمل البطلان بالنظر الى أنه مأذون في البيع والشراء الذي يقع في المضاربة بأن يترتب عليه الربح لامطلقاً ، بحيث يشمل ما وقع هنا هذا .

وينبغي أن يعلم ان الممتنع على القول به انما هو مع انحصار الربح في النماء المذكور ، كما يقتضيه هذه المعاملة ، والا فلا مانع من كون النماء بينهما مع عدم انحصار الربح فيه على بعض الوجوه ، بأن يشتري شيئاً له غلة ، فظهرت غلته قبل أن يبيعه ، فان الغلة تكون من جملة الربح الذي يحصل بعد البيع ويكون الجميع بينهما على ما شرطه والله العالم .

الثالثة : متى صحت المضاربة فللعامل تولى ما يتولاه المالك من عرض القماش ونشره وطيبه واحرازه ، وبيعه وقبض ثمنه ، والاستيجار على نقله أن احتيج اليه ، ودفع الاجرة في ما جرت العادة بدفعها فيه ، كالدلال والعمال ، واجرة الكيل والوزن ، ونحو ذلك ، والوجه فيه أنه لما كانت المضاربة معاملة على المال لتحصيل الربح كان اطلاق المقدم مقتضياً لفعل ما يتولاه المالك لو باشر ذلك بنفسه من هذه الاشياء ، وكلما لم تجر العادة بالاستيجار عليه لو استأجر عليه ، فالاجرة من ماله لا يلحق المالك منها شيء ، حملاً للاطلاق على المتعارف وما جرت العادة بالاستيجار عليه لوعمله بنفسه فهو متبرع ، لا يستحق عليه أجرة . ولو قصد بالعمل الاجرة بأن يأخذ الاجرة كما يأخذ غيره ففى استحقاقه لها احتمال قوى ، خصوصاً على القول بأن للوكيل في البيع أن يبيع على نفسه ، وفي الشراء أن يشتري لنفسه ، فيكون له أن يستأجر نفسه أيضاً ، ولكن اطلاق الاصحاب يقتضى العدم ، وهو الاحوط وأما لو أذن له المالك في ذلك زال الاشكال . والله العالم .

الرابعة: المشهور بين الاصحاب أن جميع ما ينفقه في السفر للتجارة من رأس المال سواء كانت النفقة زيادة على نفقة الحضر أو ناقصة أو مساوية ، وكل ما يحتاج اليه للاكل والشرب لنفسه ودوابه وخدامه حتى القرب والجواليق ونحوهما ، الا أنها بعد انتهاء السفر والاستغناء عنها يكون كل ذلك من أصل المال ، سواء حصل له ربح أم لا .

وقيل : انه لا يخرج من أصل المال ، الا ما زاد على نفقة الحضر ، للاجماع على أن نفقة الحضر على نفسه ، فما سواه في السفر يحسب أيضا عليه ، والزائد على ذلك من مال القراض ، وأيد ذلك بعضهم بأنه انما حصل بالسفر الزيادة لا غير ، اما غير ما فسوا كان مسافراً أم حاضراً لا بد منها ، فلا يكون من مال القراض .
وقيل : ان نفقة السفر كلها على العامل كنفقة الحضر ، وعلى بأن الربح مال المالك ، والاصل أن لا يتصرف فيه الا بما دل عليه الاذن ، ولم يدل الا على الحصة التي عينها للعامل ، وهو لم يدخل في العمل الا على هذا الوجه ، فلا يستحق سواه .

وبدل على القول الاول ما رواه الكليني في الصحيح « عن علي بن جعفر (١) عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) قال : في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال ، فاذا قدم بلده فما أنفق من نصيبه » .

وعن السكوني (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : في المضاربة ، الحديث ورواه في الفقيه (٣) مرسلًا قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : مثله » وبه يظهر قوة القول المشهور ، وأنه المؤيد المنصور ، فلا يلتفت الى هذه التخريجات الضعيفة ، والتعليقات السخيفة كما عرفت في غير مقام .

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ٥

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ الحديث ه وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ١٨٧ باب ٦

تنبيهات :

الاول : المراد بالسفر هنا هو السفر العرفي لا الشرعي ، وهو ما يجب فيه القصر ، فلو كان السفر قصيراً أو أقام في الطريق وأتم الصلوة فنفقة تلك المدة من أصل المال ، إلا أنه يجب الاقتصاد في ذلك على ما يحتاج اليه التجارة ، فلو أقام زيادة على ما يحتاج اليه كان الزايد عليه .

الثاني : قد عرفت أن المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكل وملبس ومشروب له ، ولمن في صحبته ممن يتوقف عليه سفره وآلات السفر وأجرة المسكن ، ونحو ذلك ، ويراعى فيها ما يليق بحاله شرفاً ووضعة ووسطاً على وجه الاقتصاد ، فلو أسرف حسب عليه ، وإن قتر على نفسه لم يحتسب له ، لأن الذي له ما أنفق على الوجه المتقدم ، وبعد العود من السفر ، فمابقي من أعيان النفقة ، ولومن الزاد يجب رده الى مال التجارة أو تركه وديعة عنده الى أن يسافر إن كان ممن يتكرر سفره ، ولم يكن يبعه أعود على التجارة من تركه .

الثالث : لو شرط المالك على العامل عدم النفقة لم يجز له الاتفاق من المال اتفاقاً ، ولو أذن له في الاتفاق بعد ذلك فهو تبرع محض ، وقد عرفت أنه مع الاطلاق فالأشهر الاظهر ثبوتها ، فلو شرطها والحال هذه كان ذلك تأكيداً ومخرجاً من الخلاف المتقدم ، وإن كان ضعيفاً كما عرفت ، وعلى هذا فهل يشترط تعيينها حينئذ حذراً من الجهالة في الشرط الذي هو جزء من العقد ، فتسرى الجهالة الى العقد ويؤيده اشتراط نفقة الاجير حيث لا يثبت على المستأجر ، فانه لا بد من تعيينها كما ذكره أم لا ؟ نظراً الى أن الأشهر الاظهر كما عرفت ثبوتها بمجرد العقد مع عدم اعتبار وجوب ضبطها فلا يجب ضبطها بالشرط اذ لا يزيد الثبوت بالاشتراط على الثبوت بالاصل اشكال ، ولعل الثاني أقوى ورجح في المسالك الاول .

الرابع : قد عرفت أنه لا يشترط بالنفقة وجود ربح بل ينفق من أصل المال ، وان قصر المال ولم يكن ربح لكن لو حصل الربح فانه تخرج النفقة منه مقدمة على حق العامل .

الخامس : ما ذكرنا من وجوب النفقة مخصوص بالسفر المأذون فيه ، فلو سافر الى غيره اما بتجاوز السفر المأذون فيه الى مكان غير مأذون فيه أو الى جهة غير جهة السفر المأذون فيه فلا نفقة له ، وان كانت المضاربة صحيحة والربح بينهما كما عرفت آنفا .

السادس : لو تعدد أرباب المال الذى فى يده بأن كان بعضه له مثلاً ، وبعضه لزيد ، وبعضه لثالث ، وهكذا ... قسّطت النفقة على حسب المال ، فلو كان نصف المال للعامل ، ونصفه للمالك كانت النفقة اضافة ، وهكذا ... هذا هو الاظهر الا شهر .
وقيل : بأن التقسيط بنسبة العاملين أى ما يعمله لكل واحد من أصحاب المال ، ورد بأن استحقاق النفقة فى مال المضاربة منوط بالعمل ، ولا ينظر الى العمل ، قالوا : ولا فرق فى التقسيط بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق ، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين ، لان ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل .

هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر ، أما لو علم صاحب القراض الاول بالثانى ، وشرط على ماله كمال النفقة جاز ، واختصت به ، ولا شيء على الثانى .
السابع : لو اتفق موته أو مرضه فى السفر كان ما ينفق فى ذلك من ماله ، اذا تعلق لذلك بالتجارة ، واستثنى بعضهم ما لو كان معلوماً أنه لو كان فى بلده لم يمرض ، أو أن مؤنة مرضه يكون فى الحضر ، وفى بلده أرخص منها فى تلك البلد ، قال فيمكن حينئذ احتساب الزيادة من مال المضاربة .

الثامن : لو سافر بالمال للمضاربة فاتفق عزله في السفر ، وانتزع المال منه كانت نفقة الرجوع عليه ، لانه انما استحق النفقة في السفر للمضاربة ، وقد ارتفعت بالفسخ وعزله عنها .

وما توهمه بعض العامة من حصول الضرر عليه مردود ، بأن دخوله في عقد يجوز فسخه كل وقت قدوم منه على ذلك ، وهذا القائل أثبت له نفقة الرجوع لما ذكره وفيه ما عرفت . والله العالم .

الخامسة : قد صرح جملة من الاصحاب بأن مقتضى اطلاق الاذن في المضاربة هو البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد ، فلو خالف لم يمس الا مع اجازة المالك ، وكذا مقتضى الاطلاق هو ان يشتري بعين المال ، فلو اشترى في الذمة لم يصح الا مع الاجازة .

وتفصيل الكلام في هذه الجملة أن يقال انه لما كان عقد المضاربة محمولا على ما هو المتعارف في التجارة والموجب لتحصيل الربح وجب قصر تصرف العامل على ما يوجب حصول الغاية المذكورة .

قال في التذكرة : لما كان الغرض الاقصى من القراض تحصيل الربح ، والفائدة وجب أن يكون تصرف العامل مقصوداً على ما يحصل هذه الغاية الذاتية وان يمنع من التصرف المؤدى الى ما يضادها فينفذ تصرفه بما فيه القبطة والفائدة ، كتصرف الوكيل للموكل لانها في الحقيقة نوع وكالة ، وان كان له أن يتصرف في نوع مما ليس للوكيل التصرف به تحصيلاً للفائدة ، فان له أن يبيع بالعروض ، كما له أن يبيع بالنقد بخلاف الوكيل ، فان تصرفه في البيع انما هو بالنقد خاصة ، لان المقصود من القراض الاسترباح ، والبيع بالعروض قد يكون وصلة اليه وطريقاً فيه ، وأيضاً له أن يشتري المعيب اذا رأى فيه ربحاً بخلاف

الوكيل . انتهى .

وحينئذ فليس له البيع الا تقدأ لما فى النسبة من التغيرير بمال المالك وجعله فى معرض التلف ، كما فى الوكالة ، مع أنه يمكن أن يكون فى بعض الاحوال حصول الربح فى جانب النسبة مع المصلحة وأمن التلف ، الا أنهم منعوا من ذلك مطلقاً ، وكأنهم بنوا على أن الاغلب فى مثل ذلك التلف ، والتعرض له محل خطر وتغيرير ، وكذا ليس له البيع الا بثمن المثل ، وهو ظاهر ، لان البيع بدونه تضييع على المالك ، مع أنه يمكن حصول الزايد ، وأما البيع ينقد البلد فلان الاطلاق فى الوكالة انما ينصرف اليه ، والقراض فى معناه ، فلذا أطلقوا الحكم هنا .

وفيه أن القراض قديفارق الوكالة فى بعض الموارد ، لان القرض المطلوب به تحصيل الربح قد يتفق فى غير نقد البلد كالعروض ، واليه يميل كلام الشهيد الثانى فى المسالك ، فيجوز البيع بغير نقد البلد مع ظهور القبطة ، وحصول المصلحة لانها هى المدار فى القراض وهو الظاهر من كلام التذكرة المذكور ، وتردد فى القواعد .

وبالجملة فانه لما كان المدار فى القراض انما هو تحصيل الربح والغايدة فينبغى أن يترتب الجواز عليه ، سواء كان فى البيع بالعروض التى هى غير نقد البلد ، أو فى البيع بالنسبة التى ليست تقدأ ، بل يمكن أيضاً فى البيع بأقل من ثمن المثل اذا اقتضته المصلحة ، وترتبت عليه القبطة ، بأن يبيع بأقل من ثمن المثل ، ويشتري ما لا فيه ربح كثير ، فاطلاق الجماعة المذكورة أن الاطلاق الاذن فى المضاربة يقتضى الامور المذكورة محل تأمل كما ظهر لك ، والحمل على الوكالة غير مطرد كما عرفت من كلامه فى التذكرة .

والعجب انهم اعترفوا بذلك فى شراء المعيب ، فجوزوا للمعامل شراء

المعيب اذا رأى القبضة في شراعه بحصول الريح فيه ، حيث أنه المدار في القراض مع أن ذلك لا يجوز للوكيل ، وحينئذ فالواجب بمقتضى ذلك هو دوران الحكم جوازاً ومنعاً مدار الغرض المذكور وجوداً وعدمياً ، هذا كله مع اطلاق الاذن .
أما لو أذن له في شيء من هذه الامور خصوصاً أو عموماً كتصرف حيث شئت ، وبعبارة أردت ، واعمل بحسب رأيك ونظرك ، فالظاهر حينئذ هو الجواز في جميع ما ذكرناه (١) .

أما قوله في المسالك أنه يجوز له البيع بالعروض قطعاً وأما التقيد ونحو المثل فلا يخالفهما الا بالتصريح ، فاني لأعرف له وجهاً وجيهاً مع دخوله في الاطلاق المذكور ، سيما مع ظهور القبضة ، كما شرحناه آنفاً .

وكيف كان فانه يستثنى من ثمن المثل نقصان ما يتسامح الناس به عادة فلا يدخل تحت المنع .

ثم انه لو خالف العامل ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو اطلاقه ، فهل يقع العقد باطلاً أم صحيحاً موقوفاً على اجازة المالك ، المشهور الثاني ، بناء على ما هو المشهور بينهم من صحة البيع الفضولي ، وان لزومه موقوف على اجازة المالك ، وحينئذ فان أجاز فخذ البيع ولزم فعلى تقدير كون البيع نسيئة فان حصل الثمن فلا اشكال والا ضمن العامل الثمن للمالك لثبوته بالبيع الصحيح

(١) أقول : ويؤيد ما ذكرناه ، ما صرح به العلامة في المختلف حيث قال : قال الشيخ في المبسوط : اذا دفع اليه مالا قراضاً وقال له اتجر به أو قال : اصنع ما ترى أو تصرف كيف شئت فانه يقتضى أن يشتري بثمن مثله ، فقدأ بتقد البلد ، والوجه عندى أن له البيع كيف شاء سواء كان بثمن المثل أم لا ، وبتقد البلد أو لا ، وحالا أو لا ، لانه جعل المشية اليه . نعم انه منوط بالمصلحة انتهى ، وهو ظاهر فيما قلناه وقد وقفت الله سبحانه للوقوف عليه بعد ذكرنا ما ذكرناه في الاصل فقلنا كلامه في الحاشية وهو من نوادر الخاطر ، منه رحمه الله .

لا القيمة ، وان لم يجز المالك ذلك وجب استرداد المبيع مع امكانه فلو تعذر ضمن قيمة المبيع ان كان قيماً أو مثله ان كان مثلياً ، لا الثمن المؤجل وان كان أنيد من القيمة ، ولا التفاوت في صورة التقيصة ، لانه مع عدم اجازة المالك البيع يكون البيع باطلا ، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير اذن شرعى ، هكذا قالوا (رضى الله عنهم) .

وفيه ما حققناه سابقاً في كتاب البيع في مسألة البيع الفضولى (١) من الاشكالات التى أوردناها عليهم فى هذا المقام ، هذا كله مع القول بصحة العقد الفضولى .

وأما على ما اخترناه من القول بيطلانه كما قدمنا تحقيقه ثمة فالامر واضح ، وأما اقتضاء الاطلاق الاشتراء بعين المال فلان المضاربة انما وقعت على ذلك المال والوكالة التى اقتضتها المضاربة انما تعلقت بذلك المال ، والربح الذى اشترطه العامل انما تعلق بذلك المال .

وأيضاً فانه ربما يتطرق التلف الى رأس المال ، فتبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك ، وقد لا يمكنه الخروج منها ، وعلى هذا فلو اشترى فى الذمة من غير اذن المالك وقف على اجازة المالك بناء على ما تقدم من الحكم بصحة البيع الفضولى ولو اشترى فى الذمة ولم يعين العقد لا للمالك ولا لنفسه وقع الشراء له ظاهراً وباطناً ، وان عينه لنفسه تعين له أيضاً وان عينه للمالك فانه مع الاذن لازم ، وبدونه فهو كما عرفت أو لا يكون موقوفاً على اجازة المالك ، بناء على صحة البيع الفضولى ، وأن عين المالك بنية وقع للعامل ظاهراً وتام تحقيق الكلام فى المقام يأتي انشاء الله فى كتاب الوكالة والله العالم .

السابعة : لاخلاف بين الاصحاب فيما أعلم في أنه مع موت كل منهما تبطل المضاربة ، لان بالموت يخرج المال عن ملك المالك ويصير للورثة ، فلا يجوز التصرف بالاذن الذي كان من المورث ، بل لابد من اذن الوارث ، هذا مع موت المالك .

وأما مع موت العامل فلان المأذون له في المضاربة كان هو العامل لا وارثه فلا يجوز لوارثه التصرف الا باذن جديد ، وهو المراد من بطلان المضاربة هنا ، ولانها أيضا من العقود الجائزة فتبطل بما تبطل به من موت كل منهما أو جنونه أو اغماؤه أو الحجر عليه للسفه .

ثم ان كان الميت هو المالك ، فان كان المال ناضاً لاربع فيه أخذه الوارث ، وان كان فيه ربع اقتسمه العامل مع الورثة ، وتقدم حصة العامل على الغرماء ، لو كان على الميت ديون مستوعبة لملكه لحصته من الربيع ، بظهوره ، فكان شريكا للمالك ، ولان حقه متعلق بعين المال لا بذمة المالك ، وان كان المال عروضاً فللعامل يبعه رجاء الربيع ، والا فلا ، وللوارث الزامه بالانقضاء ، وسيأتي تحقيق الكلام في ذلك انشاء الله تعالى في مسألة الفسخ .

وان كان الميت هو العامل ، فان كان المال ناضاً ولا ربع أخذه المالك ، وان كان فيه ربع دفع الى الورثة حصة مورثهم منه ، ولو كان عروضاً واحتيج الى البيع والتضيض فان اذن المالك للوارث في ذلك جاز ، والا عيّن له الحاكم أميناً يبيعه ، فان ظهر فيه ربع أوصل حصة الوارث اليه ، والا سلم الجميع الى المالك والله العالم .

المقصد الثاني في مال القراض :

والبحت يقع فيه في مواضع : الاول لاخلاف بين الاصحاب في أنه يشترط في مال القراض أن يكون عيناً لا ديناً وان يكون دراهم أو دنانير ، ونقل في

التذكرة الاجماع على ذلك .

أقول : ويدل على كونه عيناً لا ديناً ما رواه المشايخ الثلاثة عن السكوني (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده ما يقضيه ، فيقول : هو عندك مضاربة ، قال : لا يصلح حتى يقبضه منه ، وهو صريح في المطلوب ولا يضر ضعف السند خصوصاً مع تلقى الاصحاب له بالقبول واجماعهم على ذلك .

ومثله مالو أذن للعامل في قبضه من التريم ، فانه لا يخرج بذلك عن كون المضاربة قد وقعت بالدين ، الا أن يجدد العقد بعد القبض .

وأما اشتراط كونه دراهم أو دنانير فقد اعترف جملة من الاصحاب بأنهم لم يقفوا له على دليل غير الاجماع المدعى في المقام ، والظاهر أنه كذلك ، حيث اننا لم نقف بعد الفحص والتتبع على دليل من النصوص على ذلك ، وتورد المحقق في الشرايع في الجواز بالنقرة ، وهي بضم التون القطعة المذابة من الذهب والفضة .

قال في المسالك : ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذي هو موضع الوفاق ، ومن مساواتها لهما في المعنى ، حيث أنها من النقدين ، وانما فاتها النقش ونحوه ، وانضباط قيمتها بها واصله الجواز ، ثم قال : وهذا كله يندفع لما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط أحديهما ، ومع ذلك لانعلم قائلاً بجوازها ، وانما ذكرها المصنف متردداً في حكمها ، ولم ينقل غيره فيها خلافاً ، واذ كانت المضاربة حكماً شرعياً فلا بد من الوقوف على ما ثبت الاذن فيه شرعاً ، وربما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة ، فان صح هذا الاسم كان التردد من حيث أنها قد صارت دراهم ودنانير : وانما تخلقت السكة وهي وصف في النقدين ، وربما لا يقدح خصوصاً اذا تعامل بهما على ذلك الوجه

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٤ القتيبي ج ٣

ص ١٤٤ ح ٤ الوسائل ج ١٣ ص ١٨٧ باب ٥ .

ومما تقدم من وجوه المنع ، انتهى وهو جيد .

أقول : لا يخفى أن من لا يلتفت الى دعوى مثل هذه الاجماع ، لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً فإنه لامانع عنده من الحكم بالجواز في غير التقدين نظراً الى عموم الادلة الدالة على جوازه ، وتخصيصها يحتاج الى دليل شرعى ، وليس فليس .

قالوا قسرياً على ما تقدم : فلا يصح المضاربة بالفلوس ، ولا بالدرهم المغشوشة ، سواء كان الغش أقل أو أكثر ، ولا بالعروض (١) وأنت خير بما فيه بعدما عرفت ، حيث أنه لا مستند لهم هنا أيضاً سوى دعوى الاجماع . ولكن ينبغي تهيب المنع من الدرهم المغشوشة بما لو كان التعامل بها ساقطاً ، والا فلو جرت في المعاملة فإنه لامانع من المضاربة بها .

قال في المسالك : هذا اذا لم يكن متعاملاً بالمغشوش ، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة ، وصح جملة مالا للقراض ، سواء كان الغش أقل أو أكثر ، انتهى .

الثاني : قالوا : لودفع آلة الصيد كالشبكة بحصة من الصيد كان الصيد للصائد وعليه أجرة الآلة ، وذلك لان هذه المعاملة ليست بمضاربة اذ المضاربة كما هو المجمع عليه عندهم إنما يكون بالدرهم والدنانير ، ولان مقتضى المضاربة التصرف في عين المال المدفوع ، واقلافه بالبيع أو الشراء ، وهنا ليس كذلك ، لابلان نسبة الى الاول ولا الثاني . وليس أيضاً بشركة ، لانها هنا مركبة من شركة

(١) العروض بضم العين جمع عرض بفتحها وسكون الراء وفتحها أيضاً هو المتاع وكل شيء . غير التقدين كما ذكره في القاموس ، وحكى الجوهري عن أبي عبيد أن العروض هي التي لا يد خطها كيل ولا وزن ، ولا تكون حيواناً ولا عقاراً ، وظاهر ، اطلاقات الفقهاء في هذه الابواب على المعنى الاول فانهم يقابلون بها التقدين كما لا يخفى على المتبحر منه رحمه الله .

الابدان وغيرها ، وقد تقدم بطلانها مع تميز مال صاحب الشبكة ، وعدم حصول الشركة فيه ، وليست أيضاً باجارة ، وهو ظاهر .

ثم ان الحكم هنا بكون الصيد للصادد خاصة يبنى على عدم تصور التوكيل في تملك المباح ، كما هو أحد القولين ، والا فانه يصير الصيد مشتركاً بينهما حسبما يراه الصائد ، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسئلة الثالثة من الفصل الثالث في اللواحق من الكتاب المتقدم (١) واحتمال أنه انما قصد الصيد لنفسه ، ولم ينو مشاركة الآخر بعيد ، فان الظاهر أن دخوله انما كان على جهة الشركة .

قال في المسالك : وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما من أجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه من الملك .

أقول : قد مر توضيح ذلك في المسئلة الثانية من الفصل المتقدم ذكره من الكتاب المتقدم (٢) ، و مرجعه الى أن لكل منهما أجرة المثل فيرجع كل منهما على الآخر بما يخصه من ذلك .

الثالث : لا اشكال ولا خلاف فيما اذا كان مال القراض معلوم المقدار معيناً وان كان مشاعاً ، لان المشاع معين في نفسه مع كونه جامعاً لباقي الشرائط ، ولا فرق بين أن يكون العقد مع الشريك أو غيره ، ولو كان مشاعاً مع كونه مجهولاً قيل : لا يصح للجهالة ، وقيل : بالصحة لزوال معظم الضرر بالمشاهدة ، بل حكى في المختلف عن المشهور القول بجواز المضاربة بالجزاف وان لم يكن مشاعاً محتجاً بالاصل ، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) « المؤمنون عند شروطهم » (٣) .

(١) ص ١٨٩

(٢) ص ١٨٢

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣ ، الاستبصار ج ٣ ح ٨٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لا يصح القراض انا كان رأس المال جزافاً (١) لان القراض عقد شرعى يحتاج الى دليل شرعى ، وليس فى الشرع ما يدل على صحة هذا القراض ، فوجب بطلانه ، والظاهر أنه هو المشهور .

وقال فى المبسوط : يبطل ، وقال قوم يصح ، ويكون القول قول العامل فى قدره ، فان أقاما بينتين كان الحكم لبيّنة المالك ، لانها بيّنة الخارج ، قال : وهذا هو الاقوى عندى .

قال فى المختلف : وما قوّاه الشيخ هو الاجود ، لنا الاسل الصحة ، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) « المؤمنون عند شروطهم » ، وقد وجد شرط سائغ فيحكم به ، انتهى .

وظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ترجيح الاول من حيث الجهالة ، وظاهر المحقق الاردبيلى الميل الى الثانى ، لعموم الادلة ، وعدم الدليل الواضح على المنع ، والممسئلة محل توقف لعدم الدليل الواضح على الجواز ، والتعلق باطلاق الادلة مردود بما عرفت فى غير مقام مما تقدم ، من أن الاطلاق يجب حمله على الافراد المتعارفة المتكررة الشايعة ، وذلك انما هو مع التعين ، ومعلومية المقدار ، وعدم تطرق الجهالة بوجه من الوجوه .

وكيف كان فانه لا اشكال فى كون القول قول العامل يمينه لو اختلفا فى قدره ، صحت المضاربة أم بطلت ، لانه منكر ، ومقتضى القاعدة تقديم قوله يمينه ، ومع وجود البيّنتين وتعارضهما فان الحكم لبيّنة المالك ، لانه المدعى

(١) قال فى التذكرة : لا يصح القراض على الجزاف وان كان مشاهداً له مثل قبضة من ذهب أو فضة مجهولة القدر أو كيس من الدماهم مجهول القدر سواء شاهده العامل والمالك أو لا ، وبه قال الشافعى ، لعدم امكان الرجوع اليه عند المناضلة فلا بد من الرجوع الى رأس المال عندها ، وأن جهالة رأس المال يستلزم جهالة الربح ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يكون رأس المال مجهولاً ويكون القول قول العامل يمينه الآن يكون لرب المال يمينه فبيّنة رب المال أولى انتهى ، منه رحمه الله .

ومقتضى القاعدة تقديم قوله بيئته ، وكذا لا ينعقد القراض بناء على ما قدمنا لو أحضر مالين معدودين ، فقال : قارضتك بأيهما شئت ، لاتقاء التعيين الذى هو شرط فى صحة العقد ، كما عرفت ، ولا فرق بين أن يكون المالان متساويين جنساً وقدرأ أو مختلفين ، خلافاً لبعض العامة ، حيث جوزوه مع التساوى ، وظاهر المحقق المتقدم ذكره الميل الى الجواز هنا أيضاً استناداً الى عموم الادلة ، وفيه ما عرفت .

الرابع : لو أخذ مالا للمضاربة مع عجزه عنه بمعنى أنه يعجز عن تقليبه فى التجارة والبيع والشراء به لكثرت ، قالوا : لا يخلو اما أن يكون المالك عالماً بعجزه ، أو جاهلاً بذلك ، فان كان الثانى فانه يضمن ، لانه مع علمه بنفسه وأنه يعجز عن ذلك يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون له فيه ، فانه انما دفع اليه ليعمل به فى التجارة .

لكن هل يكون ضامناً للجميع أو القدر الزائد على مقدوره قولان : اختار أولهما فى المسالك ، ووجه الاول من عدم التميز والنهى عن أخذه على هذا الوجه ووجه الثانى من أن التقصير انما حصل بسبب الزائد ، فيختص به ، وربما قيل : انه ان أخذ الجميع دفعة ، فالحكم الاول ، وان أخذ المقدور ثم أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة ، وأورد عليه بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ، ولا ترجيح الان لاحد أجزائه ، اذ لو ترك الاول وأخذ الزيادة لم يعجز .

أقول : لا يخفى ما فى هذه التعليقات العليقة من عدم الصلوح لابتناء الاحكام الشرعية عليها ، والحكم غير منصوص ، وبه يظهر ما فى الاستناد فى عموم الضمان الى النهى ، وأى نهى هنا مع عدم نص فى المسئلة ، وكأنه أشار بهذا النهى الى ما ذكر من قوله يكون واضعاً يده على المال غير الوجه المأذون فيه . وفيه أنه يمكن تخصيصها بالزائد لانه هو الذى حصل فيه العجز ، فيكون

هو الغير المأذون فيه ، وأما ما كان يمكن العمل به فانه يكون مأذوناً فيه .
وبالجملة فالحكم لا يخلو من شوب الاشكال لما عرفت لعدم الدليل الواضح .
قالوا : ولو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن ، اما لقدمه على الخطر ،
أو أن علمه بذلك يقتضي الاذن له في التوكيل .

أقول : وفيه بالنسبة الى التعليل الاول مافى سابقه من الاشكال ، اذ من
الممكن أن يكون عالماً بعجزه ، لكن يجوز حصول القدرة له بعد ذلك بوجود
من يساعده ، أو يتجدد بعض الاسباب الموجبة للقدرة ، ومع عدم امكان ذلك فانا لا
نسلم أنه بمجرد علمه بعدم القدرة مع أنه انما دفعه اليه لاجل المعاملة به ،
وتحصيل الربح والنفع ينتفى عنه الضمان ، اذ لا أقل أن يكون في يده كالامانة ،
ومجرد دفعه له على هذا الوجه لا يستلزم جواز فواته على مالكه ، لان المدفوع
اليه عاقل مكلف أمين ليس بمجنون ولا سفيه ، حتى يكون المالك قد فرط بدفعه
اليه ، ولكن قد تقدم لهم مثل هذا الكلام في مسألة بيع الفضولي ، وقد أوضحنا
مافيه (١) .

قالوا : وحيث ثبت الضمان لا يبطل العقد ، اذ لامنافة بين الضمان وصحة
العقد .

أقول : ويدل عليه ما تقدم في تلك الاخبار و عليه اتفاق الاصحاب من أنه
مع المخالفة لما شرطه المالك فانه يضمن ، والربح بينهما .
الخامس : لو كان له مال منصوب في يد شخص وذلك المال موجود
معين معلوم القدر ، فانه يجوز عندهم أن يقارض عليه الغاصب مع استكمال باقى

(١) وأما بالنسبة الى التعليل الثانى فقدم الضمان عليه انما هو من حيث أنه مأذون
في دفعه الى الغير ليعمل به ، فلو حصل من ذلك الغير تفريط يوجب ذهاب المال مثلاً فان
الاول لا يضمن من حيث الاذن في الدفع ، وانما الكلام في الثانى فيراعى فيه حكم عامل المضاربة
منه رحمه الله .

الشروط ، والظاهر أن الحكم اتفقي عند الاصحاب ، اذ لم أقف على ثقل خلاف في المسئلة والظاهر أنه لا اشكال في ذلك المضاربة ، وكذا لا اشكال ولا خلاف في أنه متى وقعت المضاربة واشترى العامل وهو الغاصب بذلك المال المغصوب عروضاً ودفعه عن قيمتها ، فإنه تبرئ ذمته من الضمان الثابت عليه بالغصب ، لانه قضى دين المالك باذنه .

انما الخلاف في انه هل تبرئ ذمته بمجرد عقد المضاربة أم لا ؟ الظاهر أن المشهور الثاني ، وبالأول صرح العلامة وولده في الشرح ، قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك : وجه بقاء الضمان أنه كان حاصل قبل ولم يحصل ما يزيله ، لان عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان ، فإنه قد يجامعه بأن يتعدى فلا ينافيه ، ولقوله (صلى الله عليه واله وسلم) (١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وحتى لا تنهاه الغاية ، فيبقى الضمان الى الاداء اما الى المالك ، أو من أذن له ، والدفع الى البايع مأذون فيه ، فيكون من جملة الغاية . ثم ثقل عن العلامة أنه استقرب زوال الضمان هنا ، وتبعه ولده في الشرح ، مستنداً الى أن القراض أمانة ، فصحة عقده يوجب كون المال أمانة ، لان معنى الصحة ترتب الاثر ، ولا تنقضاء علة الضمان لزوال الغصب ، ولانه أذن في بقائه في يده .

ثم اعترض عليه بأن معنى كون القراض أمانة من حيث أنه قراض ، وذلك لا ينافي الضمان من حيثية أخرى ، كما لو كان غصباً لعدم المناقاة ، فان الضمان قد يجامعه كما اذا تعدى العامل ، الى أن قال : اما اقتضاء العقد الاذن في القبض فضعفه ظاهر ، لان مجرد العقد لا يقتضى ذلك ، وانما يحصل الاذن بأمر آخر ولو حصل سلمنا زوال الضمان انتهى .

أقول : قال العلامة في التذكرة (١) وهل يزول عن الغاصب ضمان الغصب بعقد المضاربة عليه أو يدفعه الى بايع السلعة للقراض ؟ أبو حنيفة ومالك على الاول ، لانه ماسك له باذن صاحبه ، والشافعي على الثاني لعدم التنافي بين القراض و ضمان الغصب كما لو تعدى فيه ، والوجه عندى الاول ، لان ضمان الغصب يتبع الغصب والغصب قد زال بعقد القراض ، فيزول تابعه انتهى .

والظاهر أن الحق في المسئلة هو ما ذكره العلامة ، وببانه أنه لا ريب أن ترب الضمان على الغصب - وجوب الضمان على الغاصب - انما هو من حيث كون المقبوض كذلك بغير رضا المالك ولا اجازته ، وحينئذ فلو فرض ان المالك رضى بالغصب واجاز قبض الغاصب ، لا يتعقبه ضمان ولا اثم ، وبذلك يعلم أن الضمان وعدمه دائر مدار الرضا بالقبض وعدمه ، ولا أعلن أن شيخنا المذكور ولا غيره يخالف في شيء مما ذكرناه .

و حينئذ فاذا حصلت المضاربة بذلك المال المنصوب قد حصل الرضا بالقبض ، فيزول موجب الضمان كما عرفت .

وأما قول شيخنا المذكور أنه لا مانع من اجتماع صحة القراض مع الضمان ، وهو صحيح ، الا أن ذكر ذلك هنا نوع مغالطة ، فانا لا نمنع ذلك ، ولكننا نقول أن ثبوت الضمان متوقف على وجود سبب يقتضيه ، وفي ما ذكره السبب موجود ، وهو المخالفة ، وأما فيما نحن فيه فلا سبب له الا استصحاب الضمان وقت الغصب ، والاستصحاب هنا غير تام ، لعروض حالة أخرى غير الحالة التي كان عليها وقت الغصب ، و شرط العمل بالاستصحاب على تقدير تسليم حجتيه أن لا يعرض ما يخالف العلة الاولى ويرفعها ، والامر هنا على خلاف ذلك ، لما عرفت من عدم الرضا

(١) أقول : صورة كلام التذكرة اذا ثبت هذا فاذا اشترى شيئاً للقراض وسلم المال المنصوب الى البايع صح وبرء من الضمان حيث سلمه باذن صاحبه ، فان المضاربة تضمنت تسليم المال الى البايع في التجارة وهل يزول عن الغاصب الى آخر ما هو مذكور في الاصل منه رحمه الله .

أولاً وحصول الرضا ثانياً وقد عرفت أن ثبوت الغصب وعدمه دائر مدار الرضا وعدمه .

وأما قوله : ان مجرد العقد لا يقتضى ذلك ، وانما يحصل الاذن بأمر آخر فلا يخفى ما فيه ، اما أولاً فلانه قد تقدم فى صدر الكتاب تعريف المضاربة بأنها عقد شرعى لتجارة الانسان بمال غيره بحصة من الربح .

ومن الظاهر أن ثبوت شرعية هذا العقد على الوجه المذكور لاجتماع الغصب ، بل لا يكون الامع الاذن والرضا ، فكيف لا يكون مجرد العقد متعيناً للرضا بالقبض ، وأيضاً فانه قال فى المسالك فى شرح قول المصنف وهو جائز من الطرفين : اذ لا خلاف فى كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين ، ولانه وكالة فى الابتداء ، ثم قد يصير شركة وهما جائزان الى آخره ، وحينئذ كيف يتم كون هذا العقد وكالة فى الابتداء مع البقاء على الغصب كما يدعيه ، بل اللازم من الحكم بكونه وكالة هو حصول الاذن والرضا بالقبض ، والا فانه لا يتم الحكم بكونه وكالة وهو ظاهر .

واما ثانياً فانا لم نقف فى كلام أحد منهم على اشتراط الاذن زيادة على العقد المذكور كما لا يخفى على من تتبع كلامهم ، بل ظاهر كلامهم أن مجرد العقد مستلزم للاذن فى التصرف ، وترتب سائر الاحكام .

وبالجملة فان كلامه (رحمة الله عليه) هنا لا أعرف له وجهاً وجيهاً ، وأما ثالثاً فانه لا يخفى أنه لما كان ثمرة هذا العقد ، والغرض منه انما هو التصرف فى المال والعمل به ، فكيف يتم وقوع هذا العقد من المالك مع عدم الرضا ، والاذن ما هذه الا سفسطة ظاهرة ، وقد تقدم نظير هذه المسئلة فى كتاب الرهن أيضاً ، والعجب من العلامة أنه فى هذه المسئلة صرح بما نقلناه عنه من زوال الغصب بمجرد عقد المضاربة ، وفى الرهن اشترط الاذن فى القبض زائداً على عقد الرهن ، كما قدمنا نقله عنه ثمة ، والمسألان من باب واحد كما لا يخفى .

والله العالم .

السادس : وهو يشتمل على فروع في المقام الاول - قالوا : لو قال : بيع هذه السلعة فاذا نضّتمنها فهو قراض كان باطلا ، لان شرط صحة القراض أن يكون مال القراض عيناً معينة مملوكة للمالك ، وما هنا ليس كذلك ، فان نضّم السلعة حال العقد مجهول ، ولانه أمر كلي بعد البيع في نعمة المالك ، وهو أيضاً غير مملوك للمالك حال العقد ، وأيضاً فان العقد معلق على شرط ، وقد تقدم أنه لا يصح عندهم .

الثاني - لو مات رب المال والمال عروض في يد العامل ، وأقره الوارث على العقد الاول ، فانهم سرحوا بأنه لا يصح ، لان العقد الاول بطل بالموت ، كما تقدم من أنه من العقود الجائزة التي تبطل بالموت ، فلا يصح الا بتجديد العقد من المالك الثاني ، والتجديد أيضاً غير جائز ، لانه لا بد في مال المضاربة أن يكون من التقدين ، والموجود الان عروض ، فلا يصح المضاربة بها .

ولو مات رب المال والمال في يد العامل كان تقدماً صح تجديد الوارث عقد القراض معه بلا اشكال ، وهل يصح بلفظ التقرير ؟ قيل : لا ، لانه يؤذن باستصحاب الاول وامضائه ، فانه انما يقول له : قد تركتك على ما أنت عليه ، أو أقررتك على ما كنت عليه ، والحال أن ما هو عليه قد بطل كما عرفت .

قال في المسالك : والاقوى الصحة ان استفاد من اللفظ معنى الاذن ، لان عقد القراض لا ينحصر في لفظ كغيره من العقود الجائزة ، والتقرير قد يدل عليه ، انتهى .

وهو جيد ، وفي كلامه هنا كما ترى رد لما زعمه سابقاً من أن عقد القراض لا يقتضي الاذن ، بل انما يحصل الاذن بأمر آخر فانه جعل مناط الصحة هنا في الاكتفاء بالتقرير عن تجديد العقد كونه يفيد ما يفيد العقد من الاذن ، وهو ظاهر في بطلان كلامه الاول .

الثالث - لو اختلف العامل والمالك في قدر رأس المال فمقتضى القاعدة أن القول قول العامل يمينه ، لأنه ينكر قبض الزيادة ، والمالك يدعى اقباضها ولا فرق في ذلك بين كون المال باقياً ، أو تالفاً بتفريط العامل ، بل الحكم في الثاني بطريق أولى ، فإن العامل حينئذ غادم ، فالقول قوله في القدر .

قال في المسالك : هذا كله اذا لم يكن ظهر ربح ، والا ففى قبول قوله اشكال من جريان التعليل المذكور ، وهو الظاهر من اطلاق المصنف ، ومن اقتضاء انكاره لزيادة رأس المال توفير الربح ، فيزيد حصته منه ، فيكون ذلك في قوة اختلافهما في قدر حصته منه مع أن القول قول المالك فيه يمينه ، ولأنه مع بقاء المال الاصل يقتضى كون جميعه للمالك ، الى أن يدل دليل على استحقاقه الزائد ، ومع تلفه بتفريط فالمضمون قدر مال المالك ، واذا كان الاصل استحقاق المالك لجميعه قبل التلف الا ما أقر به للعامل ، فالضمان تابع للاستحقاق وهذا هو الاقوى ، وربما قيل : ان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط مطلقاً ، وهو ضعيف جداً انتهى .

ثم انه كتب في الحاشية في بيان صاحب هذا القول : قال القائل به الامام فخر الدين في شرح القواعد .

المقصد الثالث في الربح :

وفيه مسائل - الاولى : المشهور بين الاصحاب أن المضارب يستحق من الربح ما وقع عليه الشرط من النصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط والاستبصار ، وقال في النهاية ان له أجرة المثل ، والربح بتمامه للمالك ، قال : وقد روى أنه يكون للمضارب من الربح بمقدار ما وقع الشرط عليه من نصف أو ربع ، أو أقل أو أكثر ، ونقل هذا القول أيضاً عن الشيخ المفيد ، وسلاسل وابن البراج .

ومرجع هذا الخلاف الى أن عقد المضاربة هل هو عقد شرعي صحيح أو باطل؟ والقول المشهور مبني على الاول، والثاني على الثاني.

والاول هو المستفاد من الاخبار المتظافرة من طرق الخاصة والعامة، وبه قال كافة العلماء من الطرفين الا ما ذكرناه، وقد تقدمت جملة من الاخبار الدالة على ذلك في المسئلة الاولى من المقصد الاول، ومنها صحيحة محمد بن قيس (١) وموثقه المتقدمتان في صدر هذا الكتاب، ومنها أيضاً زيادة على ذلك موثقة اسحاق بن عمار (٢) عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: سألت عن مال المضاربة؟ قال: الربح بينهما، والوضيعة على المال.

وحسنة الكاهلي (٣) عن أبي الحسن موسى (عليه السلام) في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فجعل له شيئاً من الربح مسمى... فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه؟ قال: على المضارب من الوضيعة بقدر ما جعل له من الربح (٤).

احتج القائلون بالقول الثاني بأن النماء تابع للاصل بالاصالة، فيكون الربح للمالك، ولأن هذه المعاملة معاملة فاسدة لجهالة العوض فتبطل، فيكون الربح لصاحب المال، وعليه أجرة المثل للعامل.

والجواب أن جميع ما ذكرنا ان كان هو مقتضى قواعدهم كما صرحوا به في غير موضع، إلا أنه بعد استفاضة النصوص وتكاثرها كما عرفت بصحة هذه المعاملة، وفيها الصحيحة وغيرها مع عدم مخالف ولا مناقض فيها، فانه يجب القول بصحة العقد،

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٥ ح ٢ و ٤.

(٢) المصدر ح ١٥، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ٥.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٨ ح ١٧، الوسائل ج ١٣ ص ١٨٦ ح ٦.

(٤) أقول: هذا الخبر يحسب ظاهره لا يخلو من الاشكال ونقل عن الشيخ أنه حملة على ما اذا كان المال بينهما شركة، وانما أطلق عليها المضاربة مجازاً والاقرب كما ذكره بعض مشايخنا المحققين من متأخر المتأخرين هو أن يكون المراد أنه حصل ربح ثم بذلك وضعية فانه يتقصر من ربح كل منهما بنسبة نصيبه من الربح، منه رحمه الله.

وعدم الضرر بجهالة العوض كما قيل مثله في المزاوعة والمساقاة ، ومنع تبعية النماء للأصل .

أقول : وهذا الموضع أيضا مؤيد لما قدمنا ذكره في غير موضع من عدم وجوب الالتزام بقواعدهم ، والوقوف عليها في مقابلة النصوص ، فان ما ذكره هنا من القواعد المذكورة قد بنوا عليه الأحكام في جملة من المواضع ، واحتجوا به في غير مقام ، إلا أنه لما وردت النصوص هنا كما ترى على خلافها ، وجب الخروج عنها بذلك ، وحينئذ فالواجب هو الوقوف على النصوص حيثما وجدت .

الثانية : الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أنه يشترط في الربح الشياخ ، بمعنى أن يكون كل جزء جزء منه مشتركاً ، لانه مقتضى المضاربة كما تنادى به الاخبار المتقدمة من حكمها ، بأن الربح بينهما ، يعني كل جزء جزء منه ، ومالم يكن مشتركاً فإنه خارج عن مقتضاها ، فهذا الشرط داخل في مفهوم المضاربة .

ويتفرع عليه صور ، منها - أن يجعل لاحدهما شيئاً معيناً كعشرة دراهم مثلاً ، فإنه باطل اتفاقاً ، وكذا لو ضم إلى ذلك أن الباقي بينهما ، ولأنه ربما لا يربح إلا ذلك القدر ، فيلزم أن يختص به من شرط له ، ويبقى الآخر بغير شيء مع أن الروايات المتقدمة قد اتفقت على أن الربح بينهما .

وبالجملة فإن عقد المضاربة يقتضى الاشتراك بينهما في كل ما يحصل من الربح بمقتضى الاخبار المذكورة ، وهيهنا الربح ليس بينهما ، سواء ضم إلى ذلك أن الباقي بينهما أم لا ، بل الذى بينهما إنما هو بعضه على تقدير الزيادة ، وجميعه على تقدير عدم الزيادة إنما هو لمن شرط له ، فيبطل العقد البتة على كل من صورتين .

ومنها أن يقول : خذني قراضاً والربح لى ، ووجه الفساد فيه أيضاً ظاهر ، لان مقتضى القراض كما عرفت من النصوص واتفاق كلمة الاصحاب الاشتراك فى

الربح ، وقوله : والربح لى ىنافى ذلك ، وحينئذ فلا يصح أن يكون قراضاً البتة ، وهل يكون فى هذه الصورة بضاعة ؟ بمعنى أن العامل لا يستحق على عمله أجره كما هو المقرر فى البضاعة ، أم يكون قراضاً باطلاً ؛ للاخلال بشرط القراض مع التصريح بكونه قراضاً - وجهان : والمشهور الثانى لما ذكر ، وعلى تقديره حينئذ قراضاً يكون الربح للمالك خاصة ، لانه نماء ماله ، وعليه أجره المثل للعامل ، هذا مقتضى قواعدهم ، وبه صرحوا هنا .

قيل : ووجه الاول النظر الى المعنى ، فانه دال على البضاعة ، وان كان بلفظ القراض ولان البضاعة تو كىل فى التجارة تبرعاً ، وهو لا يختص بلفظ ، وما ذكر دال عليها ، ولانه لا يحكم بالفاء اللفظ ما أمكن حمله على الصحة ، وذكر القراض وان كان منافياً بحسب الظاهر ، الا أنه يمكن أن يكون مأخوذاً من معنى المسادات التى هى أن يكون من أحدهما المال ، ومن الآخر العمل ، من غير التفات الى أمر آخر ، وهو أخذ ما اشتق منه المعنى الشرعى .

ولو قيل : ان ذلك بحسب اللغة ، والحقيقة الشرعية تأباه ، أمكن أن يتجاوز فيه ، فان الحقايق اللغوية تصير مجازاة شرعية ، وهو أولى من الفساد انتهى . أقول : لا يخفى ما فيه من التكلف البعيد ، والتمحل الغير السديد ، ولو انفتح هذا الباب فى مفاهيم الالفاظ ، لانفتح الباب فى الجدل ، واتسعت دائرة القيل والقال .

وكيف كان فالمسئلة لخلوها من الدليل الواضع لا يخلو من الاشكال ، كثيرها مما جرى فى هذا المجال .

بقى الكلام فى أن ظاهر الاصحاب أنه - مع الحكم بكونه قراضاً فاسداً - يكون الربح للمالك ، وللعامل أجره المثل كما عرفت .

وقال العلامة فى المختلف بعد أن نقل عن الشيخ فى الخلاف والمسوط أنه لو قال : خذه قراضاً على أن الربح كله لى ، كان قراضاً فاسداً ولا يكون بضاعة -

مالفظه : والوجه عندى أنه لأجرة للعامل ، لأنه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل ، فلا أجرة له حينئذ ، وظاهره أنه وإن كان قراضاً فاسداً فإنه لأجرة له لدخوله مع عدم تعيين أجرة ، فكان عمله تبرعا ، وقواء في المسالك ، إلا أنه احتمل بناء كلام العلامة على البضاعة أيضاً ، ولا يخلو من قوة ، أما بالنسبة الى البضاعة فظاهر ، وأما بالنسبة الى القراض ، فلما عرفت من فساد ، ودخول العامل فيه على هذا الوجه .

هذا اذا لم ينضم الى الكلام المذكور ما يفهم منه ارادة أحد الامرين المذكورين من القراض ، أو البضاعة من القرائن الحالية أو المقالية ، والا كان العمل على ذلك ، وما يقتضيه من صحة أو بطلان .

ومنها أن يقول : خذه قراضاً والربح كله لك ، وقد عرفت آنفاً وجه الفساد فيه ، وأنه لا يصح قراضاً ، وهل يكون ذلك قرضاً بالتقريب المتقدم في البضاعة بالنظر الى تلك العبارة ، أو قراضاً فاسداً كما تقدم أيضاً ، فعلى الاول يكون الربح كله للعامل ، والمال مضمون عليه ، كما هو شأن القرض ولا شيء للمالك وعلى الثانى فالربح كله للمالك ، وعليه أجرة المثل للعامل .

هذا اذا لم يتحقق قصد شيء من الامرين ، بأن لم يقصد شيئاً بالكلية ، أو لم يعلم ما قصده ، والا كان قرضاً في الاول ، وقراضاً فاسداً في الثانى .

نعم لو قال في الصورة الثانية : خذه فأتجر به والربح لى ، فإنه يكون بضاعة بغير اشكال ، وكذا لو قال في الصورة الثالثة : خذه واتجر به والربح لك فإنه قرض بغير اشكال ، والوجه في ذلك أنه لم يذكر في هاتين الصيغتين ما ينافي البضاعة في الاولى ، والقرض في الثانية ، بخلاف ما تقدم ، حيث قال : خذه قراضاً وأضاف اليه والربح لى ، أو لك فصرح بأن الاخذ قراضاً وهو حقيقة شرعية في العقد المخصوص الذي يترتب عليه الشركة في الربح ، مع أنه قد ضم اليه ما ينافي ذلك من قوله « والربح لى أو لك » ولو قال : خذه على النصف فالظاهر الصحة

لان المتبادر من ذلك أن الريح بينهما نصفين ، وهو متضمن لتعيين حصه العامل وكذا لو قال : على أن الريح بيننا ، فانه يقتضى التوزيع بينهما اصافاً ، قيل : ان الوجه في ذلك استوائهما في السبب المقتضى للاستحقاق ، والاصل عدم التفاضل كما لو أقر لهما بمال ، وكما لو قال المقر : الشيء الفلاني بينى وبين زيد . ونقل عن بعض الشافعية الحكم بيطلاق العقد ، لان البينية تصدق مع التفاوت فحيث لم يبينها يتحمل استحقاق الريح ، ورد بمنع صدقها على غير المتساوى مع الاطلاق .

نعم لو انضم اليه قرينة صح حملة على غيره بواسطتها ، وعلل بعضهم الحكم بالمناسفة في هذه العبارة ، بأن قوله : الريح بيننا ظاهر في ان جميع ما يربح يكون بيننا وهو يرجع الى أن كل جزء جزء مما يصدق عليه الريح فانه بينهما وهو يقتضى المناسفة بلاشكال ، وبه يظهر ضعف ما تعلق به ذلك القائل بالبطلان من أن البينية تصدق مع التفاوت ، فان دعوى صدقها ممنوع لما عرفت .

أقول : في دعوى ثبوت الحكم بالمناسفة من هذه العبارة اشكال ، وذلك لان هذه العبارة قد تكررت في الاخبار المتقدمة من قولهم (عليهم السلام) : « والريح بينهما » ولو اقتضت المناسفة كما يدعونه لكان الحكم في المضاربة هو أن يكون للعامل النصف مطلقاً ، مع أنهم لا يقولون بذلك ، وانما فهموا منها مجرد الاشتراك ، كما هو قول هذا البعض من الشافعية هنا ، وبه يظهر قوة القول بالبطلان ، كما ذهب اليه هذا القائل .

ولو قيل : ان بعض روايات المسئلة قد اشتمل على أنه بينهما على ما شرط فيقيد به اطلاق تلك الاخبار ، قلنا : هذا مما يؤيد ما ذكرناه ، باشعاره بانه لولا التقييد لكان مدلول العبارة هو الاشتراك مطلقاً كيف اتفق فكيف يحكم هنا باقتنائها المناسفة .

قيل : ولو قال : على أن لك النصف صح ، ولو قال : ان لى النصف واقتصر

بطل ، وعلل وجه الفرق بين الصيغتين بصحة الاولى ، وبطلان الثانية ، بأن الربح لما كان تابعاً للمال والاصل كونه للمالك لم يقتصر الى تعيين حصته ، فان عيبتها كان ذلك تأكيداً ، وأما تعيين حصة العامل فلا بد منه ، لعدم استحقاقها بدونه ، فاذا قال : النصف لك ، كان تعييناً لحصة العامل ، وبقي الباقي على حكم الاصل وأما انا قال : النصف لى لم يقتض ذلك كون النصف الاخر لغيره ، بل هو باق على حكم الاصل أيضاً ، فيبطل العقد .

وربما قيل : بانه يحتمل الصحة أيضاً ، وحمل النصف الاخر على حصة العامل نظراً الى عدم الفرق بين الصيغتين عرفاً وعملاً بمفهوم التخصيص ، اذ لو كان النصف الاخر له أيضاً لم يكن لهذا التخصيص وجه ، ورد بعدم استقرار العرف على ذلك وضعف دلالة المفهوم .

أقول : والحكم لا يخلو من شوب الاشكال ، وان كان للحكم بالبطلان نوع قرب لما ذكر ، والله العالم .

الثالثة : قالوا : لو شرط أحدهما لعلامه حصة من الربح ، صح ، عمل الفلام أم لم يعمل ، أما لو شرط لاجنبى فانه لا يصح الا أن يكون عاملاً .

وقيل : يصح وان لم يكن عاملاً ، أقول : وتفصيل هذه الجملة يقع فى مواضع ثلاثة : أحدها - أنه متى شرط أحدهما لعلامه حصة ، فانه يصح ، والحكم فيه مبنى على عدم ملك العبد كما هو المشهور ، فانه يرجع حينئذ الى سيده ، فهو فى معنى مالو شرط أحدهما حصة زائدة على حصته ، ولا نزاع فى الصحة .

أما لو قلنا بملك العبد كان الحكم فيه كاجنبى الاتى حكمه ، وثانيها - لو شرط لاجنبى فانه لا يصح الا أن يكون عاملاً ، والوجه فيه أنه حيث أن الاصل فى الربح أن يكون بين المالك والعامل خاصة ، أما المالك فى مقابلة ماله ، وأما العامل فى مقابلة عمله ، فلا يصح ادخال الاجنبى فى ذلك ، ولا جعل شىء من الربح له .

نعم اذا كان عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد ، فلا يكون أجنبياً ، ومن هنا ربما يتقدح اشكال في المقام ، وهو أنه متى شرط العمل كان من قبيل العامل المتعدد كما ذكرتم ، مع أن المفروض كونه أجنبياً ، وحينئذ فلا معنى لكونه أجنبياً عاملا ، لان الاجنبى من لا مدخل له في العمل .

والجواب أن العامل في هذا الباب حينما يطلق انما يراد به المفوض اليه أمر التجارة كما تقدم ، وأنه وكيل عن المالك ، والمراد بالعامل هنا بالنسبة الى هذا الاجنبى ليس كذلك ، بل المراد به من له دخل في العمل في الجملة ، كأن شرط عليه حمل المتاع الى السوق ، ومن السوق الى البيت مثلا ، ونحو ذلك من الاعمال الجزئية المنصوصة ، ولهذا انهم اشتروا هنا ضبط العمل بما يرفع الجهالة ، وأن يكون من أعمال التجارة ، لئلا يخرج عن مقتضاها .

وثالثها انه قيل : بصحة الشرط للاجنبى وان لم يكن عاملا ولا مدخل له في العمل بالكلية ، وكأنه لعموم (١) « المؤمنون عند شروطهم » و« أوفوا بالعقود » (٢) وعموم أدلة وجوب الوفاء بالوعد ، وقد تقدم نظيره في مواضع عديدة . وقيل : ان هذا المشروط ان كان مع العمل فهو للعامل كما تقدم ، وان لم يجامعه عمل فهو للمالك ، رجوعاً الى أصله ، لئلا يخالف مقتضى العقد ، ولقدوم العامل على أن له ماعين له خاصة .

أقول : قد تقدم في غير مقام ما في هذا التعليل أعنى قوله لئلا يخالف مقتضى العقد ، فانه جار في جميع الشروط ، فان الشرط في الحقيقة بمنزلة الاستثناء مما دل عليه العقد ، والادلة على وجوب الوفاء بالشروط هي دليل الاستثناء المذكور ، وقد تقدم تحقيق ذلك .

الرابعة : قالوا : لو قال : لائتين لكما نصف الربح صح ، وكافا فيه سواء

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣ ، الاستبصار ج ٣ ح ٨٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

(٢) سورة المائدة الآية ١ .

ولو فضل أحدهما صح أيضاً وإن كان عملهما سواء ، وعلل الحكم الأول وهو تساويهما مع الإطلاق باقتضاء الاشتراك وأن الأصل عدم التفضيل ، ولأنه المتبادر منه عرفاً كما سبق في قوله بيننا .

أقول : لا يخفى ما فيه ، فإن اقتضاء الاشتراك التساوي ممنوع ، بل هو أعم ، وهو أول المسئلة أيضاً ، ودعوى أنه المتبادر منه عرفاً كذلك ، وقد تقدم ما في الاستناد الى قوله « بيننا » من أن ظاهره انما هو الاشتراك مطلقاً كما هو ظاهر الاخبار ، لا التخصيص كما ادّعوه ، وعلل الثاني وهو تفصيل أحدهما مع استوائهما في العمل بأن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير ، وهو مما لا منافاة فيه لأن الامر في الحصة راجع الى ما يشترطه ، ويتفقان عليه قلّ أو أكثر ، ولأن العقد الواحد مع اثنين في قوة عقدين فيصح ، كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف الربح ، والآخر في النصف الآخر بربح الربح ، فانه جائز اتفاقاً مع تساويهما في العمل ، والخلاف هنا انما هو من بعض العامة ، حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع التساوي في العمل ، قياساً على اقتضاء شركة الابدان ذلك ، والأصل والفرع عندنا باطلاق .

الخامسة : لو اختلفا في نصيب العامل فإن مقتضى القواعد الشرعية أن القول قول المالك يمينه ، لانه منكر لما يدعيه العامل من الزيادة ، ولأن الاختلاف في فعل المالك الذي هو تعيين الحصة وهو أبصر به ، ولأن الأصل تبعية الربح لرأس المال ، فلا يخرج عنه الا ما أقر المالك بخروجه ، والمعتمد من هذه الوجوه هو الوجه الأول ، فانه المعتضد بالنصوص الصحيحة الصريحة ، وما عداه من المؤيدات الواضحة .

وقيل : ان هذا مع عدم ظهور الربح ، أما معه فالحكم هو التحالف ، لأن كلا منهما مدع ، ومدعى عليه ، فإن المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا ، والعامل ينكر ذلك ، فيجىء القول بالتحالف ، لأن ضابطه كما

سلف في البيع أن ينكر كل واحد منهما ما يدعيه الآخر ، بحيث لا يجتمعان على أمر ويختلفان فيما زاد عليه ، وردّ بأنه ضعيف ، لأن نفس العمل لا يتناوله الدعوى ، لأنه بعد انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه ، وكذا قبله ، لأن العقد الجائر ، لا يستحق به العمل ، وإنما المستحق المال الذي أصله للمالك ، وحقيقة النزاع فيه فيجىء فيه ما تقدم من الأصول وهو جيد .

السادسة : الظاهر أنه لا اشكال فيما لو دفع المالك مال القراض في مرض الموت على الوجه المعتبر من تعيين الحصة من الربح للعامل ونحوه ، لوجود مقتضى وهو دخوله تحت الأدلة الدالة على مشروعية القراض وصحته ، وعدم المانع ، إذ ليس إلا ما ربما يتوهم من التفويت على الوارث بالنسبة إلى الحصة المعينة للعامل من الربح ، وإدخال النقص عليه بذلك ، فيتعلق به الخلاف بين كونه من الأصل أو الثلث ، والحال أنه ليس كذلك إذ لا تفويت على الوارث في الصورة المذكورة .

ومحل الخلاف في تلك المسئلة إنما هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حال التبرع وهنا ليس كذلك ، لأن الربح غير موجود يومئذ ، بل هو متوقع الحصول ، وقد لا يحصل فلا يتصف بكونه مالا للمريض ، ليرتب عليه الخلاف المذكور ، ثم أنه بعد حصوله فهو متجدد بسعى العامل بعد العقد ، فليس للوارث فيه اعتراض ، ولا نزاع بوجه من الوجوه ، وهو ظاهر ، ولا فرق في تلك الحصة المعينة للعامل بين كونها قدر أجره المثل أو أكثر أو أقل حسبما مر في غير هذه الصورة من صور القراض .

وبالجملة فإن مقتضى الأدلة كما عرفت صحة المعاملة المذكورة حتى يقوم دليل على البطلان ، وليس فليس ، والله العالم .

السابعة : يملك العامل من الربح بظهوره من غير توقف على انقضاء العرض ولا قسمة المال بينهما ، قال في المسالك : هذا هو المشهور بين الأصحاب بل لا يكاد

يتحقق فيه مخالف ، ولا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه
 ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص بأن العامل يملك ما شرط له من الربح وهو
 متحقق قبل الانقضاء ، وقبل القسمة ، ولأن سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع
 في العقد ، فيجب أن يثبت مقتضاه متى وجد ، لأن الربح بعد ظهوره مملوك ،
 فلا بد له من مالك ، ورب المال لا يملكه اتفاقاً ، ولا يثبت احكام الملك في حقه ، فيلزم
 أن يكون للعامل ، اذ لا مالك غيرهما اتفاقاً .

أقول : ومن أظهر الأدلة على ذلك ما رواه الشيخ والصدوق عن محمد بن
 قيس (١) في الصحيح قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) رجل دفع الى رجل
 ألف درهم مضاربة فاشتري أباه ، وهو لا يعلم ، قال : يقوم فان زاد درهماً واحداً
 اعتق ، واستسعى في مال الرجل ، ، والتقريب فيها انه لو لم يكن مالكا لحصته
 بمجرد الظهور لم ينعتق عليه أبوه في الصورة المفروضة في الخبر ، مع أنه قد
 حكم بأنه بعد تقويم العبد فان حصل في الثمن زيادة على رأس المال ولو درهم ،
 فانه ينعتق الاب على ابنه بنصيبه من ذلك الدرهم ، فالمقتضى للاعتاق انما هو
 دخوله في ملكه بتلك الحصة فيسرى العتق في الباقي كما هو القاعدة في العتق .

اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد نقل فخر المحققين عن والده العلامة .

ان في هذه المسئلة أقوال أربعة :

أحدها - أنه يملك بمجرد الظهور كما عرفت .

وثانيها - أنه يملك بالانقضاء لانه قبل الانقضاء غير موجود خارجاً بل
 مقدّم موهوم ، والمملوك لا بد أن يكون محقق الوجود ، فيكون الظهور موجباً
 لاستحقاق الملك بعد التحقيق ، ولهذا يورث عنه ويضمن حصة من أتلّفها سوى
 المالك والاجنبى .

وثالثها - أنه يملك بالقسمة ، لانه لو ملك قبلها لكان التقصان الحادث بعد

(١) القتيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٠ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٣

ذلك شايعاً في المال كسائر الاموال المشتركة ، والتالي باطل ، لانحصاره في الربح ، ولانه لو ملك لاختص بربحه ، ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط ، فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه ، كمال الجعالة .

ورابعها - أن القسمة كاشفة عن ملك العامل ، لان القسمة ليست من الاسباب المملكة ، والمقتضى للملك انما هو العمل ، وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك قال في المسالك بعد نقل هذه الاقوال : وفي التذكرة لم يذكر في المسئلة عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الاولين ، وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليه ، ولاحمد في احدى الروايتين ، ووافقا في الباقي على الاول ، ولاندري لمن ثبتت هذه الاقوال ، وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ فانا لانسلم ان الربح قبل الانقضاء غير موجود ، لان المال غير منحصر في النقد ، فاذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال والزائد ربح وهو محقق الوجود ، ولو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكاً فان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج بل هو في الذمة امر كلي هذا ما على الثاني .

وعلى الثالث انه لاملازمة بين الملك وضمن الحادث على الشياخ ويجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية رأس المال فيكون الملك متزلزلا فاستقراره مشروط بالسلامة ، وكذا لامنافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ولان القسمة ليست من العمل في شيء فلامعنى لجعلها تمام السبب في الملك فلا وجه لاحاقها بالجعالة وقد نبه عليه ولو سلم انه غير محقق الوجود في الوجه الرابع ومن ضعف ماسبق يستفاد ضعف الرابع لانه مترتب عليها انتهى كلامه زيد مقامه وهو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه .

ثم انه ينبغي ان يعلم انه وان كان العامل يملك حصته بمجرد ظهور الربح الا انه يكون ملكاً متزلزلاً مراعاةً بانقضاء جميع المال أو قدر رأس المال مع

الفسخ أو القسمة حيث ان الربح وقاية لرأس المال فيجبر به ماوقع في التجارة من تلف وخسران ، سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو مرتين ، وفي صفقة أو صفقتين ، وفي سفر أو سفرين ، لان معنى الربح هو الزائد على رأس المال مدة العقد ، فلو لم يفضل منه شيء بعد أن حصل وجبرت بالتجارة فلا ربح ، وهو موضع وفاق كما ذكره في المسالك ، وسيأتى الكلام - انشاء الله تعالى - في بعض ما يدخل في هذا المقام من الاحكام ، والله العالم .

المقصد الرابع في اللواحق :

وفيه مسائل : الاولى - لاختلاف بين الاصحاب في ان العامل أمين فيقبل قوله في التلف بغير تفريط يمينه ، سواء كان التلف ظاهراً كالحرق أو خفياً كالسرقة ، وسواء أمكن اقامة البيئته عليه أم لم يمكن ، وكذا يقبل قوله في الخسارة ولا يضمن الامع التفريط ، وقد تقدم الكلام في الاختلاف في قدر رأس المال ، وأن الاظهر قبول قول العامل يمينه في الموضع السادس من المقصد الثاني (١) وكذا الاختلاف في حصة العامل وان الاظهر فيها أن القول قول المالك يمينه في المسئلة الخامسة من المقصد الثالث (٢) .

وبقى الكلام هنا في الاختلاف في الرد ، فهل يقبل قول العامل في رد المال الى المالك أم لا ؟ قولان : أولهما للشيخ في المبسوط قال : اذا ادعى العامل رد المال الى المالك فهل يقبل قوله ؟ فيه قولان : أحدهما وهو الصحيح أنه يقبل قوله . أقول : وقد علل ذلك بأنه أمين كالمستودع ، ولما في عدم تقديم قوله من الضرر لجواز أن يكون صادقاً فتكليفه بالرد ثانياً تكليف ما لا يطاق ، والمشهور بين الاصحاب الثاني ، لاصالة عدم ، ولان المالك منكر فيكون القول قوله يمينه ، كما هو القاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى ، كما أن العامل في ذلك مدع فعليه

البيّنة بمقتضى القاعدة المذكورة وثبت قول العامل في دعوى التلف لدليل خارج لا يقتضى ثبوت قوله مطلقاً .

وأما ما علل به من أنه أمين كالمستودع وكل أمين يجب قبول قوله ، ففيه منع كلية الكبرى ، والفرق بين العامل هنا وبين المستودع ظاهر ، فإن العامل هنا قبض لنفسه والمستودع قبض لنفس المالك ، وهو محسن محض ، فلا يناسب اثبات السبيل عليه بعدم قبول قوله ، لما فيه من الضرر .

وأما ما علل به هنا من الضرر لو لم يقدم قوله ، فانه مدفوع بأن الحكم بذلك لما ثبت شرعاً كما عرفت من أنه مقتضى القاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى ، فلا يلتفت الى هذا الاستبعاد ، وهذا الضرر ، فانه لو تم ذلك لجرى في كل مدعى عليه ، وهو خلاف الاجماع نصاً وفتوى .

قال في المسالك بعد ذكر نحو مما ذكرناه : لكن يبقى في المسئلة بحث ، وهو أنه اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده في الحبس لو أصر على انكاره ، خصوصاً مع امكان صدقه ، وهم قد تخرجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعى التلف ، فكيف بثبوت في الامين ، الا أن يحمل على مؤاخذته ومطالبته به ، وان أدت الى الحبس للإستظهار به ، الى أن يحصل اليأس من ظهور العين ، ثم يؤخذ منه البديل للحيلولة ، الا أن مثل هذا يأتي في دعوى التلف ، خصوصاً من الغاصب ، وليس في كلامهم تنقيح لهذا المحل ، فينبغي النظر فيه انتهى .

أقول : ما ذكره من أنه اذا لم يقبل قوله - في الرد يلزم تخليده في الحبس الى آخره - لا أعرف له وجهاً وجيهاً بحسب نظري القاصر ، وفكري القاصر ، وأي موجب للحبس هنا ، وذلك فان المسئلة هنا أحد أفراد مسألة المدعى والمنكر ، ولا ريب أن الحكم الشرعي فيها هو البيّنة على المدعى ، والا فاليمين على المنكر ، فان أقام المدعى البيّنة على الرد انقطعت الدعوى والا حلف المالك ووجب على مدعى الرد دفع الحق اليه . والنظر الى كونه أميناً غير ملتفت اليه

هنا ، لما عرفت آتفاً ، وكذا احتمال صدقه ، فانه جار في كل دعوى ، وكونه كذلك بحسب الواقع لا يوجب الخروج عن مقتضى الحكم الشرعى ظاهراً ، فان الشارع حكم بثبوت الحق مع قيام البيئنة مطلقاً ، أعم من أن تطابق الواقع أم لا وحكم بسقوطه مع حلف المنكر مطلقاً ، والحق المدعى هنا هو الرد ، فبالبيئنة يثبت ، فينبغى المطالبة ، وباليمين يسقط ، وتتوجه المطالبة بالمال ، وان احتمل بحسب الواقع براءة ذمته لصحة دعواه .

وبالجملة فهذا الحبس الذى ذكره فى المقام لأعرف له وجهاً ولا ذكره غيره من الاعلام ، ومقتضى الحكم الشرعى فى المسئلة انما هو ما ذكرناه ، هذا بالنسبة الى كلام الاصحاب فى المسئلة .

وأما بالنسبة الى الاخبار فالذى وقفت عليه مما يتضمن الحبس ، الروايات المتقدمة فى كتاب الدين (١) ، وموردها كلها أن الامام (عليه السلام) يحبس فى الدين اذ التوى الغريم حتى تبين له حاله من ملاقة أو افلاس ، فاذا تبين افلاسه خلا عنه ، وفى رواية يدفعه الى غرمائه ، وان تبين ملائته استوفى الحق منه ، وما نحن فيه لاتعلق له بما دلت عليه هذه الاخبار .

نعم روى الشيخ فى الصحيح عن زرارة (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) قال : كان على (عليه السلام) لا يحبس فى السجن الا ثلاثة : الفاسب ، ومن أكل مال اليتيم ظلماً ، ومن ائتمن على أمانة فذهب بها ، وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً ،

وهذا الخبر على ظاهره غير معمول عليه بين الاصحاب فيما أعلم ، ولذا حمّله الشيخ على الحبس على سبيل العقوبة أو الحبس الطويل ، قال (قدس سره) : هذا الخبر يحتمل وجهين : أحدهما - انه ما كان يحبس على وجه العقوبة ، الا الثلاثة الذين ذكرهم ، والثانى - انه ما كان يحبس طويلاً الا الثلاثة الذين

استثنائهم ، لان الحبس في الدين انما يكون مقدار ما يتبين حاله ، انتهى ، وهو جيد .

وبالجملة فان مقتضى النظر فيما نحن فيه هو ادراجه في قاعدة الدعوى الواقعة بين كل مدع ومنكر ، والعمل فيه بما تقتضيه القاعدة المذكورة شرعاً والله العالم .

الثانية : اذا اشترى العامل من ينعق بالشراء على المالك ، فهنا مقامان : **الاول** - أن يكون ذلك باذن المالك وعلم العامل أنه أبو المالك مثلاً ولا ريب في صحة الشراء لوجود شرائطها ، ولا ريب أيضاً في انعاقه على ابنه ، كما لو اشتراه الابن بنفسه ، أو وكيل له غير العامل .

وحينئذ فان بقي من مال المضاربة شيء بعد الثمن كان الباقي مضاربة ، والا بطلت المضاربة في الثمن ، والوجه في ذلك عندهم هو أن مبني المضاربة على طلب الربح وتحصيل الاقتناع بتقليب المال في الشراء والبيع ، وحينئذ فكل تصرف ينافي ذلك يكون باطلاً ، ومن جملة شراء من ينعق على المالك ، لانه موجب للخسارة ، فضلاً عن الاشتغال على الغرض الذاتي من القراض ، فتبطل المضاربة في ثمنه ، لانه بمنزلة التالف ، فان بقي هناك مال بعد الثمن استمرت المضاربة فيه ، والا بطلت كما لو تلف جميع مال المضاربة .

وهل للعامل هنا أجرة المثل أم لا شيء له ؟ قولان : الثاني منهما للشيخ في المبسوط ، وبالأول صرح العلامة في المختلف ، والشهيد الثاني في المسالك (١) وهذا في ما لو لم يكن في العبد المشتري ربح واما لو حصل فيه ربح فهل يكون العامل شريكاً في العبد بما استحقه من حصته من الربح أو أنه لا يترتب على هذا

(١) هذا الخلاف انما يتجه على تقدير القول المشهور بأن حصة العامل يملك بالظهور كما هو المؤيد المنصور ، وأما على القول بأنها تملك بالاتضاء أو القسمة فلا ريب في عدم استحقاق الربح حينئذ لاتقائهما ، منه رحمه الله .

الربح أثر ، وانما للعامل أجره المثل ؛ قولان : الاول منهما للشيخ في المبسوط وبالثاني صرح العلامة في المختلف .

قال في المبسوط : اذا اشترى من ينعق على رب المال باذنه ، وكان فيه ربح انعق ، وضمن للعامل حصته من الربح ، وان لم يكن ربح انصرف العامل ولا شيء له .

قال العلامة في المختلف بعد نقل ذلك : والوجه ، الاجرة على التقديرين ، لبطلان القراض بالشراء المأذون فيه ، والوجه في القول الاول من هذين القولين هو ثبوت حصة العامل في العبد ، لتحقيق الملك بالظهور كما هو الصحيح المشهور وان وجب ضمانها على المالك ، من حيث سريان العتق في العبد كما أشار اليه الشيخ في عبارته بقوله : وضمن للعامل حصته من الربح ، ولا يقدر في استحقاقه الحصة المذكورة ، عتقه القهرى لصدوره باذن المالك .

والوجه في القول الثاني وهو اختيار العلامة كما عرفت ، ومثله الشهيد الثاني في المسالك (١) أيضا والظاهر أن المشهور ما أشار اليه العلامة فيما تقدم من كلامه بقوله ، لبطلان القراض وتوضيحه ما قدمنا ذكره من أن هذا الشراء خارج عن مقتضى المضاربة ، فان متعلق الاذن فيها اشتمل على تغليب المال بالاخذ والعطاء مرة بعد أخرى لتحصيل الربح ، وهذا انما تضمن الخسارة لتعقب العتق له ، وحينئذ فاذا بطلت المضاربة فيه لم يترتب على ذلك الربح أثر ، وانما للعامل أجره المثل عوض عمله خاصة .

فان قيل : انه اذا كان هذا الشراء ليس من مقتضيات عقد القراض ، فانه كما لا يستحق شيئا من الربح فكذا لا يستحق أجره ، لانه خلاف مقتضى العقد ،

(١) قالوا : فكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفها حيثئذ فيسرى على العامل مع يسار المالك ان قلنا بالسراية في مثله من العتق القهرى أو مع اختيار الشريك السب ، ويقوم له نصيبه مع يساره والا استسمى العبد فيه ، منه رحمه الله .

فالجواب أن استحقاق الاجرة ليس باعتبار هذا الامر بخصوصه بل بالنظر اليه والى غيره من المقدمات ، كالسفر للتجارة ، ونحو ذلك من الحركات والسكنات التى انما أتى بها لذلك ، ومع تسليم الانحصار فى ما ذكر ، فانه ان كان من الامور التى ثبتت فى مثلها أجرة المثل يثبت الاجرة ، والافكيف كان فالمسئلة لا تخلو من شوب الاشكال ، لعدم النص الواضح الذى ينقطع به مادة القيل والقال .

الثانى : أن يكون الشراء بغير اذن المالك ، وحينئذ فان وقع الشراء بعين المال ، فالظاهر أن المشهور بطلانه ، بناء على ما تقدم من منافاته للغرض الذاتى المطلوب من عقد القراض ، بل اشتماله على الاتلاف المحض .

ورد ذلك بأن غايته التصرف فى مال الغير بغير اذنه ، ومقتضى ذلك هو كونه فضولياً فان قلنا بصحة الفضولى فهو صحيح هنا ، وان وقف فى اللزوم على اجازة المالك ، هذا مع علمه بالنسب ، وعلمه بالحكم ، وأنه ينعق عليه قهراً .
وأما مع جهله فانه يحتمل كونه أيضاً كذلك ، لان الاذن فى هذا الباب انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه فى التجارة للاسترباح ، ولا يتناول غير ذلك ، فلا يكون ما سواه مأذوناً فيه : غاية ما فى الباب أنه قد التبس الامر على العامل هنا ظاهراً من حيث الجهل ، وهو لا يقتضى الاذن ، وانما يقتضى عدم الائم . وبالجمله فالذى يترتب على الجهل انما هو عدم الائم والمؤاخذة ، لا الصحة ويحتمل صحة البيع ويحكم بعقده على المالك قهراً ، ولا ضمان على العامل ، لان مقتضى عقد القراض شراء ما يترتب عليه الربح بحسب الظاهر ، لا بحسب نفس الامر ، وهذا من حيث الجهل كذلك ، وظهور كونه فى نفس الامر ليس كذلك لا يمنع من الصحة التى وقع عليها عقد الشراء ، ويترتب عليها العتق لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل والا لزم التكليف بما لا يطاق .

وبالجمله فان الاحكام الشرعية انما تترتب على الظاهر لا على نفس الامر والخطابات والتكليفات انما تناط بما هو الظاهر فى نظر المكلف من حل وتحريم

وطهارة ونجاسة ونحوها ، لاما كان كذلك في الواقع ، ولعل هذا الاحتمال أقرب من الاول .

وان وقع الشراء في الذمة لم تقع المضاربة ، لما تقدم في المسئلة الخامسة من المقصد الاول (١) من ان مقتضى اطلاق الاذن هو الشراء بعين المال ، وعلى هذا فلو اشترى في الذمة فلا يخلو اما أن لا يعين العقد للمالك ولانفسه ، وحينئذ يكون الشراء له ظاهراً وباطناً ، وان عينه لنفسه تعين له كذلك ، وان عينه للمالك لفظاً فهو فضولي على القول بصحة الفضولي ، وان عينه له نية وقع للعامل بحسب الظاهر ، وبطل باطنا ، فلا ينعق ، ويجب التخلص منه على وجه شرعى ، اذ ليس مملكا له في الواقع ونفس الامر للنية المذكورة الصارفة عنه والله العالم .

الثالثة : - اذا كان مال القراض لامرأة فاشترى العامل زوجها فلا يخلو اما أن يكون الشراء باذنها ، وحينئذ يكون الشراء صحيحاً ، وينفسخ نكاحها لما قرر في محله من امتناع اجتماع الملك والنكاح .

أولا يكون الشراء باذنها ، وفيه قولان : فقيل : بالصحة ، لأنه ذكر في المسالك أن القائل به غير معلوم ، وانما ذكره المصنف بلفظ قيل : ولم يعلم قائله .

أقول : وهذا القول قد نقله العلامة ايضاً في القواعد في المسئلة ، وعلى وجه الصحة هنا بأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه ، ولا يتلف به رأس المال ، فيجوز حينئذ كماله اشترى ما ليس بزواج .

وقيل : يبطلان الشراء المذكور لحصول الضرر على المالك به ، ويكون ذلك دليلاً على عدم الرضا ، وتقييداً لما أطلقت من الاذن بدليل منفصل عقلي .

أقول : وهذان القولان حكاهما المحقق في الشرايع ، واختار منهما القول بالبطلان ، معللاًه بأن عليها في ذلك ضرراً ، وبينه في المسالك بما قدمنا ذكره ،

والعلامة في الارشاد اقتصر مع عدم الاذن على القول بالبطلان جازماً به من غير نقل قول آخر غيره .

وفي القواعد قال : قيل : يبطل الشراء لتضررها به ، وقيل : يصح موقوفاً ، وقيل : مطلقاً ، وأنت خير بأن ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك وكذا ظاهر الاردبيلى في شرح الارشاد أن مقتضى التعليل الذى ذكر فى وجه البطلان هو الرجوع الى العقد الفضولى ، لما عرفت من تعليل ذلك بحصول الضرر على المالك وموجب ذلك أنه لو رضى المالك زال المانع ، فيكون التعبير بالعقد الفضولى أنسب من الحكم بالبطلان مطلقاً ، وظاهر العلامة فى القواعد أن المشابهة بالعقد الفضولى والحمل عليه إنما هو فى جانب القول بالصحة ، حيث عبر عنه بأنه يصح موقوفاً ، يعنى على الاجازة ، وفيه اشارة الى أن المراد بالقول بالبطلان إنما هو مطلقاً ، لا باعتبار عدم الاجازة كما فهمه فى المسالك ، ثم انه ذكر القول بالصحة مطلقاً .

وبالجملة فانه قد تلخص أن اقوالهم فى المسئلة ثلاثة ، صحة القول بالشراء مطلقاً ، وبطلانه مطلقاً ، والقول بكونه كالعقد الفضولى ، ونسب فى المسالك نقل الاقوال الثلاثة الى العلامة ، وهو كذلك كما سمعته من كلامه فى القواعد ، الا أنه اقتصر على مجرد نقلها ، ولم يرجح شيئاً منها ، وفى الارشاد ظاهره الجزم بالبطلان مطلقاً .

والظاهر أن المراد بالضرر الذى جعلوه حجة للإبطال هو انفساخ النكاح ، مع صحة الشراء ، والا فان العبد بعد الحكم بصحة الشراء يكون من جملة أموال القراض ، يترتب عليه ما يترتب عليها من جواز البيع ، وتحصيل الربح . وفى ثبوت الضرر بذلك على اطلاقه اشكال ، فان ثبت دليل على أن هذا ضرر يوجب بطلان الشراء يترتب عليه ما قالوه ، والا فالظاهر أن الشراء صحيح وان فسد النكاح ، وجرى العبد فى مال المضاربة كغيره من أموالها .

ثم انه على تقدير كون ذلك ضرراً يوجب البطلان ، فالظاهر انه يرجع الى العقد الفضولي ، لا كما هو ظاهر القائل بذلك من البطلان مطلقا ، نظراً الى تلك القرينة المدعاة آنفا ، وحينئذ فان قلنا يبطلان العقد الفضولي كما هو الاظهر وان كان خلاف الاشهر ، فالامر واضح ، وان قلنا بصحته مع وقوفه في اللزوم على اجازة المالك ، رجع الامر الى الاجازة ، فان اجازته المرأة كان حكمه ما تقدم في صورة ما اذا كان الشراء باذنها ، والا وقع باطلا .

اذا قرر ذلك فاعلم أنه على تقدير القول بالبطلان مطلقا أو مع عدم الاجازة فالحكم واضح ، وأما على تقدير القول بالصحة ، فان كان مستند الصحة انما هو اذن المرأة في الشراء ، أو اجازتها ذلك ، بناءً على كون العقد فضولياً لم يضمن العامل ما فاتها من المهر والنفقة ، لان فواته مستند الى اذنها ورضاها .

وأما على القول بالصحة مطلقا وان لم يستند الى اذنها أو رضاها كما هو أحد الاقوال الثلاثة المتقدمة ، فان العامل يضمن المهر مع علمه بالزوجية ، وهو الذي صرح به في القواعد ، وغيره في غيره ، وربما قيل ، بضمانه في هذه الصورة ما فات مطلقا من مهر ونفقة ، وهو في المهر كما ذكرنا ظاهر ، فانه جاء التفويت من قبله لعلمه بالزوجية ، وأن ملكها له موجب لبطلان النكاح وذهاب المهر ، ومع هذا شراء .

أما في النفقة فمشكل كما ذكره في المسالك ، قال : لانها غير مقدرة بالنسبة الى الزمان ، ولا موثوق باجتماع شرائطها ، بل ليست حاصلة لان من جملتها التمكين في الزمان المستقبل ، وهو غير واقع الآن ، الى أن قال : والظاهر اختصاصه بالمهر على هذا القول ، وهو الذي ذكره جماعة ، انتهى وهو جيد ، والله العالم .

المسئلة الرابعة : لو اشترى العامل أباه أو من ينعتق عليه ، فان ظهر فيه ربح حال الشراء ، فالاشهر الاظهر انه ينعتق نصيب العامل من العبد بقدر ماله من

الربح فيه ، ويستسعى العبد في الباقي ، وهو حصه المالك سواء كان العامل مؤسراً أو معسراً .

وعلى هذا يدل صحيحة محمد بن قيس (١) « قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم ؟ قال : يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل ، والحكم المذكور مبني على تملكه الربح بمجرد الظهور ، كما هو مدلول الصحيحة المذكورة ، وهو الأشهر الاظهر .

وأما على القول بأن الملك انما يحصل بالقسمة أو الانضاض فان البيع صحيح ، الا أنه لا ينعق لعدم الملك حينئذ ، واطلاق الحكم بالاستسعاء شامل لما لو كان العامل مؤسراً أو معسراً ، فان عدم الاستفصال دليل على العموم في المقال ، حيث حكم (عليه السلام) بالاستسعاء ، ولم يفصل فيه بين كون العامل مؤسراً أو معسراً وهو ظاهر .

وقيل : بأنه مع اليسار يقوم على العامل ، لاختياره السبب ، وهو موجب للسراية ، لان اختيار السبب اختيار المسبب ، وحملت الرواية على اعسار العامل جمعاً بين الأدلة ، أو على تجدد الربح بعد الشراء .

وفيه أن الرواية المذكورة دلت على أنه اشترى أباه وهو لا يعلم أي لا يعلم بكونه أباه ، فكيف يتم اختياره للسبب ، وهو لا يعلم حال الشراء .

نعم يحتمل صحة ما ذكره على تقدير العلم ، الا أنه خارج عن مورد الخبر ، فلا يحتاج الى الجمع بما ذكره ، وقيل : بطلان البيع لانه مناف لمقصود القراض ، اذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقلب للاسترباح وهذا الشراء بتعقب العتق له يناهض ذلك ، فيكون مخالفاً للتجارة ، فيكون باطلاً

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ٨ وفيه عن محمد بن ميسر ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٣

الوسائل ج ١٣ ص ١٨٨ ح ١ .

لعدم الاذن فيه ، أو موقوفاً على الاجازة .

وفيه أنه اجتهد في مقابلة النص الصحيح ، فانه دل على الصحة ، لكن مورده كما عرفت جهله بكونه ممن ينعق عليه ، والعجب أنه لم يتنبه أحد من الاصحاب لهذا القيد في الخبر ، بل جعلوا الحكم فيه مطلقا كما سمعت من كلامهم ، وكأنهم بنوا على أنه اذا كان كذلك مع الجهل ، فمع العلم بطريق أولى .

وفيه أنه يمكن مع العلم أنه لا يجوز له الشراء ، لما فيه من المخالفة للغرض المقصود من القراض ، كما علل به القول بالبطلان في المسئلة كما سيأتي ذكره ، ويؤيده ما تقدم في المقام الثاني من المسئلة الثانية (١) ، فيما اذا اشترى من ينعق على المالك بغير اذنه .

أما مع الجهل فيصح ويترتب عليه ما ذكر في الخبر ، وعلى هذا ينبغي اجراء الخلاف المذكور في غير مورد الخبر ، وهو العلم بكونه أباه ، فانه لخلوه من النص حينئذ قابل لهذه الاحتمالات والاقوال المتعددة ، والحكم في هذه الصورة محل اشكال لما عرفت من خروجها عن مورد النص ، مع عدم دليل واضح على شيء مما ذكره ، سيما مع تدافع هذه التعليقات التي عللوا بها كلا من هذه الوجوه المذكورة ، هذا كله اذا كان ظهور الريح حال الشراء .

أما لو كان بعد ذلك كتجده بارتفاع السوق ، وضوحه فاشكال ، لعدم النص الدال على حكم يكون المعمول عليه في هذا المجال ، الا أنه يمكن أن يقال : انه بعد ظهور الريح بناء على التملك بمجرد الظهور كما هو الظاهر المشهور فانه يجري فيه الحكم المذكور في الخبر المتقدم ، من أنه ينعق نصيب العامل منه ، ويستسمى في الباقي ، لان الظاهر من الخبر ترتيب الحكم على ظهور الريح أعم من أن يكون وقت الشراء أو بعد ذلك ، فانه هو السبب في العتق ، لكن

ينبغي التقييد بصورة الجهل كما أشرنا إليه آنفاً إذ مع العلم لا يبعد القول بالبطلان كما عرفت أيضاً ، والله العالم .

الخامسة : قد صرح جملة من الاصحاب بأنه لما كان القراض من العقود الجائزة ، فلكل من المالك والعامل فسخه بقوله فسخت القراض ، أو أبطلته أو رفعته أو نحو ذلك مما يؤدي هذا المعنى أو بقول المالك للعامل لا تصرف بعد هذا ، أو يقول رفعت يدك ، وكذا يحصل بيع المالك المال لا بقصد اعانة العامل وحينئذ فان كان هناك ربح يقسم بعد اخراج رأس المال ، وان لم يكن ثمة ربح فللعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت الذي حصل فيه الفسخ .

ولو كان في المال عروض فهل للعامل أن يبيعها بغير اذن المالك ؟ قولان : ولو طلب منه المالك الانضاض هل يجب عليه أم لا ؟ قولان : أيضاً ، وان كان سلفاً كان عليه جبايته .

قال في التذكرة : قد بينا أن القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة ، بل هو عينهما ، فانه وكالة في الابتداء ، ثم يسير شركة في الانتهاء ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخه ، والخروج منه متى شاء ، ولا يحتاج فيه الى حضور الآخر ورضاه ، لان العامل يشتري ويبيع لرب المال باذنه فكان له فسخه كالوكالة ، الى أن قال : اذا ثبت هذا فان فسحا العقد أو أحدهما فان كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال ، ولم يكن للعامل أن يشتري بعده وان كان قد عمل فان كان المال ناضا ولا ربح فيه أخذه المالك أيضاً ، وكان للعامل أجرة عمله الى ذلك الوقت ، وان كان فيه ربح أخذ رأس ماله وحصته من الربح ، وأخذ العامل حصته منه ، وان لم يكن المال ناضا فان كان ديناً بأن باع نسبة باذن المالك ، فان كان في المال ربح كان على العامل جبايته ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وان لم يكن هناك ربح ، قال الشيخ (رحمة الله عليه) يجب على العامل جبايته ، وبه قال الشافعي الى آخر كلامه .

أقول : والكلام هنا يقع في مواضع : الاول - قولهم أنه متى فسخ المالك وكان المال ناضئاً ولا ربح فيه فللعامل أجره المثل ، قيل ووجهه من حيث أن عمله محترم باذن المالك ، وليس على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة ، وحيث أنه فانت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فانه يستحق أجره عمله الى حين الفسخ . وفيه نظر ، لانه لم يدخل الا على تقدير الحصة من الربح على تقدير وجودها ، ومن الجائز أن لا يحصل ربح بالكلية ، أو يحصل مع فواته بجبر نقص رأس المال ، فلا يحصل له شيء بالكلية ، والحصة فيما نحن فيه غير موجودة ، واثبات أجره المثل يتوقف على الدليل ، فان قيل : أنه انما جعل له الحصة على تقدير استمراره الى أن يحصل ، وهو يقتضى عدم عزله قبل حصولها ، فان خالف فقد فوتها عليه ، فيجب عليه أجرته ، قلنا : لا يخفى أن مقتضى عقد القراض حيث كان من العقود الجائزة هو جواز فسخه في كل وقت منهما ، أو من أحدهما ، فدخل العامل في هذا العقد مع علمه بما يقتضيه ويترتب عليه رضاً منه بذلك فقول هذا القائل : أن العقد يقتضى عدم عزله قبل حصول الحصة ، ليس في محله على أنك قد عرفت أنه يجوز أن يستمر العقد ، ولا يحصل ربح بالكلية ، أو يحصل ولكن يفوت بجبر نقصان رأس المال .

وبالجملة فان اثبات هذه الاجرة المذكورة يحتاج الى دليل واضح ، وليس فليس ، والتعليل المذكور عليل بما عرفت .

وهذا البحث يأتي أيضاً فيما لو لم يكن المال ناضئاً لاربح فيه ، فان الكلام المذكور جار فيه أيضاً ، هذا كله فيما اذا كان الفسخ من المالك .

أما لو كان الفسخ في هذه الحال من العامل ، فانه لاشيء له كما هو ظاهر بعضهم ، والوجه فيه ظاهر ، لقدومه على ذلك ، وعدم صبره الى أن يحصل الربح وأجرة المثل انما أوجبها على المالك في الصورة الاولى حيث أنه كان سبباً في تفويت الاجرة ، وحينئذ فلا شيء له .

وفي التذكرة أطلق الحكم بثبوت الاجرة لو فسخا العقد أو أحدهما ، وكان ناضاً لاربع ، والظاهر بعده .

الثاني - ما ذكره فيما اذا كان الفسخ قبل الانضاض ، وكلامهم هنا مجمل يحتاج الى توضيح وتنقيح ، فانه لا يخلو في هذه الصورة اما أن يكون في المال ربح ، أو لا ، فعلى الاول متى قلنا بأن الربح يملك بمجرد الظهور كما هو الصحيح المشهور ، والمؤيد المنصور ، فان اتفقا على أن العامل يأخذ حصته من تلك العروض فلا بحث ، وكذا ان اتفقا على الانضاض ، وأخذ العامل حصته بعد الانضاض .

أما لو طلب المالك من العامل الانضاض من غير ارادته ذلك ، فظاهرهم وجوب ذلك على العامل ، قالوا : لان استحقاقه الربح وان ثبت بالظهور الا أن استقراره مشروط بالانضاض ، لاحتمال ما يقتضى سقوطه .

وعندى فيه اشكال ، لان ذلك انما يتم قبل الفسخ ، حيث أنه مقتضى عقد القراض ، وأما بعده وصيرورة العامل كالأجنبي الشريك في ذلك المال ، فالزامه بما قالوه يتوقف على دليل واضح ، سيما مع امكان أخذ الحصه من العروض ، فان غايته أنه يكون شريكا في تلك العروض ، والشريك لا يجب عليه الانضاض بطلب شريكه .

وهكذا باقى الكلام فيما لو طلب العامل الانضاض ، فهل يجب على المالك اجابته أم لا ؟ قولان : والظاهر عدم لما عرفت أيضا .

وبالجملة فان اثبات الوجوب على أحدهما بعد فسخ المعاملة يحتاج الى دليل واضح ، والتمسك في دفعه بالاصل أقوى مستمسك .

وعلى الثاني فان للمالك أن يأخذه ان شاء ، وهل عليه أجره المثل للعامل هنا أم لا ؟ قولان : والكلام هنا كما تقدم فيما اذا كان المال ناضاً ولا ربح ، كما اشرنا اليه آنفا .

وهل للعامل أن يبيعه أن أراد بغير رضا المالك أم لا ؟ قولان : أظهرهما الثاني ، لأن هذه العروض ملك للمالك ، ولا تعلق للعامل فيها بوجه إذ المفروض عدم الربح والتصرف فيها بغير إذن المالك محرم بلا ريب .
وأما ما تعلق به القائل بالجواز من تعلق حق العامل به ، واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن ، فيحصل الربح مردود . بأن تعلق حق العامل به إنما يتم مع وجود شيء من الربح ، إذ لا حق له في رأس المال ، والمفروض هنا عدم وجود ربح بالكلية ، واحتمال وجود زبون أضعف .
نعم لو كان الزبون موجوداً بالفعل اتجه ما ذكره ، وكان من قبيل ما لو ظهر فيه ربح كما قدمنا ذكره .

وهل للمالك في هذه الصورة الزام العامل بالانضاض أم لا ؟ قولان : أيضاً ، واستدل على الأول بقوله صلى الله عليه وآله وسلم (١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وقد أخذته نقداً فيجب رده إليه ، ولحدوث التغيير في المال بفعله ، فيجب رده . ولا يخفى ما فيه ، فإن الأخذ والتصرف بالشراء إنما حصل بإذن المالك ، والتغيير إنما نشأ عن إذنه ، فلا يستعقب ضرراً على العامل ، والأصل عدم الوجوب ، والخبر المذكور لا عموم فيه على وجه يشمل محل البحث ، ومع تسليمه فإن الأداء أعم من أن يكون بالمثل أو العوض .

وبالجملة فالأصل عدمه ، وهو أقوى دليل في المقام ، فلا يخرج عنه إلا بنص واضح ، وكذلك أيضاً الأصل بعد ارتفاع العقد ، البرائة من عمل لا عوض عليه .
الثالث - ما ذكره فيما إذا كان المال سلفاً وتفصيل القول في ذلك أنه لا ريب كما عرفت فيما تقدم أن العامل ليس له البيع بالدين إلا مع الإذن ، لأنه خلاف مقتضى عقد المضاربة ، وكذا ليس له الشراء نسبة إلا مع ذلك لما ذكر ، فلو فعل بغير إذن كان الثمن مضموناً عليه ، ولا إشكال في ذلك .

وانما الكلام فيما اذا أذن له المالك ، وقد أطلق جمع منهم المحقق في الشرايع وجوب جبايته بعد الفسخ على العامل ، وظاهر عبارة التذكرة المتقدمة تقييد ذلك بما اذا كان في ذلك المال ربح ، وعن الشيخ القول بالاطلاق كما هو ظاهر الجماعة المذكورين ، وبه صرح في القواعد أيضاً فقال : اذا فسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه ، وان لم يظهر ربح .

وبالجملة فظاهرهم الاتفاق على وجوب الانقضاء في الجملة ، وانما الخلاف في تخصيص ذلك بصورة وجود الربح كما هو ظاهر التذكرة أو مطلقاً ، كما هو ظاهر الأكثر ، وعللوا ذلك باقتضاء المضاربة رد رأس المال عن صفته ، والربح لا يجري مجرى المال ، ولان الدين ملك ناقص ، والذي أخذه كان ملكاً تاماً فليؤد كما أخذ لظاهر « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (١) .

وأنت خير بما في هذه التعليقات من عدم الصلوح ، لاقتناء الاحكام الشرعية عليها ، كما اشرنا اليه في غير موضع مما تقدم ، فان الوجوب والتحريم وبحوهما أحكام شرعية يتوقف على الدليل الواضح ، والادلة عندنا منحصرة في الكتاب والسنة ، وعندهم بضم الاجماع ، ولا اجماع مدعى في المسئلة ، على أن ما ذكره من التعليق المذكور معارض بأن الادانة انما حصلت باذن المالك كما هو المفروض . وقولهم ان المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته مسلّم مع الاستمرار على العقد ، وأما مع فسخه سيما ان كان الفاسخ هو المالك ، فهو ممنوع والاصل عدم الوجوب ، وبرائة الذمة منه ، وهو أقوى دليل حتى يقوم الدليل الواضح على خلافه .

وأما قوله في المسالك في رد ذلك : أنه يضعف بأن اذن المالك فيه انما كان على طريق الاستيفاء لا مطلقاً ، بدلالة القرائن ، ولاقتضاء الخبر ذلك . وفيه ان ذلك انما يتم مع الاستمرار على العقد المذكور لامع فسخه ، سيما اذا كان الفاسخ له هو المالك .

وبالجملة فان مقتضى عقد القراض والاذن فيه هو جميع ما ذكره ، وأما بعد فسخه فدعوى كون ذلك الاذن يقتضى ما ذكره مع الحكم ببطالان العقد بالفسخ محل المنع ، لاختلاف الحالين ، وتقدير الحكيم من جميع الجهات ، ومن جملتها هذا الموضوع ، والمانع مستظهر وأما دعواه اقتضاء الخبر ذلك فهو أضعف ، لما عرفت ، ولو تم الاستدلال بهذا الخبر على ما ذكره للزم منه أيضا جريان ذلك في الوكيل ، اذا اشترى باذن موكله عروضا ثم عزله الموكل عن الوكالة ، فانه يجب عليه بيع تلك العروض ، وتنقيد الثمن ، والرد على المالك كما قبضه منه ولا قائل بذلك فيما أعلم ، وهم قد صرحوا كما تقدم بأن عقد القراض يتضمن الوكالة ، بل هو وكالة في الاول كما تقدم في كلام العلامة وغيره مع أنه لم يصرح أحد منهم في الوكالة بذلك بل الظاهر أنه متى عزله الموكل امتنع تصرفه سواء كان المال تقدماً أو عروضاً .

فرع :

لو مات صاحب المال انفسخ العقد لان موت أحدهما من جملة أسباب الفسخ ، فلو كان ذلك والمال عروضا فالظاهر أنه لا اشكال في جواز بيع العامل له مع الاتفاق على ذلك بينه وبين الوارث .

وأما مع عدم الاتفاق على ذلك فظاهر الاصحاب أن الكلام هنا حسب ما تقدم من الخلاف في صورة الفسخ مع حيوة المالك ، من أنه هل لكل واحد منها مطالبة الآخر بالانضاض أم لا ؟ وظاهر جملة منهم أن للعامل هنا البيع بالاذن السابق الا أن يمنعه الوارث ، وقيل : انه ليس للعامل البيع ، وان لم يمنعه الوارث ، لان المال الان حق لغير من أذن فيه أو لا ، فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه لبطالان العقد ، وهو جيد .

وفي التذكرة نسب الاول الى المشهور بين الشافعية والثاني الى وجه

آخر لهم أيضاً ، ونفى عنه البأس ، ووجه ظاهر كما عرفت ، والله العالم .

السادسة : قد تقرر ان مقتضى المضاربة هو عمل العامل بنفسه ، فلا يجوز أن يضارب غيره الا بإذن المالك لما فيه من التغرير بمال المالك ، والتصرف فيه بغير إذنه ، وهو محرم ، فان اذن له المالك صح وكان وكيلاً من قبل المالك في ذلك ، فان كان بعد عمل العامل الاول وقد ظهر فيه ربح فله حصته من الربح ، بناء على الأشهر الاظهر من أنه يملك الربح بمجرد الظهور .

وأما على القول بتوقفه على الانقضاء أو القسمة فلا ، ولكن له أجرة المثل بمقتضى كلام الاصحاب وبه صرح في التذكرة هنا أيضاً ، وأما كان فانه ليس للعامل الاول على هذا التقدير أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح ، اذ ليس له مال ولا عمل هنا ، والربح تابع لهما ، ولا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل الثاني بقدر حصة الاول التي وقع عليها الاتفاق بين المالك والعامل الاول ، أو أقل ، وعلى تقدير كونها أقل فان هذه الزيادة لا يستحقها العامل الاول ، اذ ليس هذا عملاً من أعمال التجارة التي يستحق به حصة ، بل هي للمالك ، ولو كان أذن المالك للعامل الاول في المضاربة ، لا بهذا المعنى المذكور ، بل بمعنى ادخال من أراد معه ، وجعلهما اثنين مثلاً ، وحاصله جعل الثاني شريكاً له في العمل والحصة ، فلا مانع من ذلك ، بل يكون صحيحاً لزوال المانع المذكور آنفاً ، وهو عدم العمل ، هذا كله مع الاذن له في المضاربة .

أما لو لم يأذن له فانه لا يصح القراض الثاني ، لما عرفت آنفاً من أنه تصرف بغير اذن المالك ، وتغريب به .

وحينئذ فلو عمل به العامل الثاني والحال هذه وظهر فيه ربح فلا خلاف في أن نصفه للمالك ، وانما الخلاف في النصف الآخر ، وفيه أقوال ثلاثة : أحدها - أنه للعامل الاول ، واختاره في الشرايع والعلامة في الارشاد وعلل

بوقوع العقد الصحيح بينه وبين المالك ، على أن يكون ذلك له ، فيستحقه لاشتراطه له ، وعقده مع الثاني باطل لما عرفت .

قالوا : وعلى هذا فللعامل الثاني على الاول أجرة مثل عمله ، لانه غرمه . وفيه انه انما يتم مع جهل العامل الثاني أما مع علمه بكون العامل الذى ضاربه غير مالك ، ولا مأذون من المالك ، فانه لا يستحق شيئاً ، لانه تصرف فى مال الغير بغير اذنه مع علمه بأنه ممنوع منه ، وفى هذا القول أيضاً زيادة على ما عرفت أنه لا يخلو اما أن يكون العامل الثاني قد شرى بعين المال ، أو فى الذمة ، وعلى الاول فان العقد يكون فضولياً ، لانه غير مأذون من المالك فينبغى بمقتضى صحة العقد الفضولى عندهم أن يكون موقوفاً على الاجازة ، فان اجازته المالك فالواجب أن يكون الربح كله له ، لان العامل الاول لم يعمل شيئاً ، والثاني غير مأذون .

وعلى الثاني فان نوى وصرح بالمالك فكذلك أيضاً ، والا وقع لمن نواه ولنفسه ان أطلق ، وبه يظهر أن ما أطلق فى هذا القول من كون الحصة للعامل الاول ليس فى محله .

وثانيها - أن النصف الاخر للمالك ، وهو ظاهر العلامة فى التذكرة قال بعد ذكر المسئلة : فان حصل ربح فالاقرب أنه للمالك ، ثم لا يخلو اما أن يكون العامل الثاني عالماً بالحال أو لا ، فان كان عالماً لم يكن له شيء ، وان لم يكن عالماً رجع على الاول بأجرة المثل ، انتهى .

وكلامه ظاهر فى منع العامل الثاني من الربح وعدم استحقاقه شيئاً منه ، وأما الاول فلم يتعرض له ، وينبغى أن يعلم أن الوجه فى عدم استحقاقه ، هو انه لم يعمل شيئاً يوجب استحقاقه بشيء من الربح ، وعلل منع الثاني أيضاً ، بأن عقده فاسد ، فلا يترتب عليه أثر ، والحق هو التفصيل بما تقدم فى القول الاول من أن الشراء وقع بعين المال أو فى الذمة حسب ما عرفت ، وبه يظهر أنه

لا يتم القول بأن عقده فاسد .

وثالثها - ان النصف بين العاملين بالسوية ، اتباعاً للشرط ، خرج منه النصف الذي أخذه المالك ، فكأنه تالف ، وانحصر الربح في الثاني ، قالوا : وعلى هذا فيرجع العامل الثاني على الاول بنصف أجرته ، لانه دخل على نصف الربح بتمامه ، ولم يسلم اليه الا نصفه .

قيل : ويحتمل هنا عدم الرجوع ، لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل ، ولم يحصل الا النصف .

وكيف كان فينبغي أن يعلم أن هذا كله مع الجهل ليتم التوجيه المذكور والا فمع العلم فالعمل على ما تقدم من التفصيل بكون الشراء بالعين ، أو في الذمة ، فلا يتم ما ذكر هنا .

أقول : وهذه الاقوال الثلاثة نقلها المحقق في الشرايع في المسئلة ، واختار الاول منها ، وقال في المسالك : وهذه الاقوال ليست لاصحابنا ، ولا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف ، وانما هي وجوه للشافعية ، موجهة ذكرها المصنف والعلامة في كتبه .

وفيه انك قد عرفت اختيار المحقق القول الاول من هذه الاقوال الثلاثة ، وهو أيضاً اختيار العلامة في الارشاد والثاني منها اختيار العلامة في التذكرة ، ومثله في القواعد .

واما الثالث فلم أقف على قائل به ، وبه يظهر أن قوله في المسالك ان هذه الاقوال ليست لاصحابنا ، وانما هي وجوه للشافعية ليس في محله ، فان ذكر الشافعية لها وجوهاً في المسئلة لا ينافي اختيار اصحابنا لما يترجح عندهم منها ، بل أنت اذا تأملت بعين التحقيق عرفت أن جميع الفروع الغير المنصوصة في اخبارنا في جل أبواب الفقه انما هي للعامة ، واصحابنا قد جردوا على ما جروا عليه فيما يختارونه منها ، كما تقدم التنبيه عليه في غير موضع ، ومنها هذه المسئلة .

والقول الثالث فى هذه الأقوال قد نقله العلامة فى التذكرة بعد اختياره القول الثانى عن المزنى من الشافعية ، وقال : انه قول الشافعى فى القديم ، ثم انه قال فى المسالك بعد البحث وذكر الأقوال فيها : والتحقيق فى هذه المسئلة المترتب على أصولنا أن المالك ان أجاز العقد فالربح بينه وبين الثانى على الشرط ، وان لم يجزه بطل ، ثم الشراء ان كان بالعين وقف على اجازة المالك ، فان أجازة فالمالك له خاصة ، ولاشئ لهما فى الربح ، أما الاول فلعدم العمل ، وأما الثانى فلعدم الاذن له ، وعدم وقوع العقد معه ، والثانى أجرة مثل عمله على الاول مع جهله ، لامع علمه ، وان كان الشراء فى الذمة ونوى صاحب المال فكذلك ، وان نوى ممن عامله وقع الشراء له ، لانه وكيله وان لم ينو شيئاً أو نوى نفسه فالعقد له ، وضمان المال عليه لتعديته بمخالفة مقتضى المضاربة ، وحيث لا يقع العقد للعامل الثانى فله الاجرة على الاول مع جهله ان لم يتعد مقتضى المضاربة عمداً ، انتهى .

وهو جيد الا انه فى جل المواضع مبتن على القول بصحة العقد الفضولى وتوقفه على الاجازة ، وأما على القول بطلانه كما هو الظاهر عندى وعند جملة من المحققين كما تقدم فى محله فالامر واضح فى جملة هذه المواضع والله العالم .

السابعة : لو أنكر العامل مال القراض فأثبتته المالك بالبيئنة ، فادعى العامل بعد ذلك التلف ، فقد صرح الاصحاب بأن هذه الدعوى الاخيرة غير مقبولة ، وكذا الحكم فيما لو ادعى عليه ودیعة أو غيرها من الامانات فأنكرها ، ثم بعد الایبات ادعى التلف قالوا : والوجه فيه أن دعواه التلف مكذبة لانكاره الاول وموجبة للاقرار به ، وانكاره الاول نوع تعد فى المال ، والواجب عليه فى جميع هذه المواضع البذل أو القيمة .

أما لو كان جوابه لا يستحق عندى شيئاً وما اشبهه لم يضمن ، اذ ليس فى

ذلك تكذيب للبيئة ، ولالدعوى الثانية فان المال اذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه بسببه شيئاً ، وحينئذ فيقبل قوله في التلف من غير تفريط يمينه ، وثبوت القراض بالبيئة لاينا في جواز تلفه بعد ذلك بغير تفريط ، وقد تقدم أن العامل أمين يقبل قوله يمينه ، وهو ظاهر .

ولو ادعى الغلط في الربح أو قدره بأن قال أولاربحت ، أو ربحت كذا ، ثم ادعى الغلط في ذلك ، وانه ماريح شيئاً أو ربح شيئاً أقل مما ذكره أولاً ، فانه يؤخذ باقراره الاول ، ولا يسمع دعوى الغلط كما هو شأن جميع الاقارير .

نعم لو قال : خسرت بعد ذلك أو تلف ، فانه يقبل قوله يمينه كما تقدم . ولو ذكر لما ادعاه من الغلط وجهاً يمكن استناده اليه وابتنامه عليه فلا يبعد قبول قوله ، كما مر مثله ، بأن ظن هنا أن متاعه يشتري بكذا وكذا زيادة على القيمة التي ابتاع بها ، فظهر كذب ظنه ، ونحو ذلك فليس فيه الا ارتكاب التجوز في اخباره بالبناء على الظن ، ومثله في باب المجاز غير عزيز والله العالم .

الثامنة : - الظاهر أنه لاخلاف في أنه ليس لاحد من العامل والمالك استحقاق شيء من الربح استحقاقاً تاماً حتى يستوفي المالك جميع رأس ماله ، فلو كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح ، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة ، أو الخسران في صفقة ، والربح في أخرى أو الربح في سفر ، والخسران في سفر آخر لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال ، واذا لم يفضل شيء فلا ربح .

قال في التذكرة بعد ذكر الحكم المذكور : ولا نعلم في هذا خلافاً ، اذا تقرر ما ذكرناه فاعلم : أنهم قد صرحوا بانه ليس لاحدهما قسمة الربح قبل فتح العقد قسمة اجبار ، بل يتوقف على رضاهما معاً ، فلا يجبر أحدهما لو امتنع .

أما العامل فانه لا يجبر لوطب المالك القسمة ، لانه لا يأمن أن يخسر المال بعد ذلك ، ويكون قد خرج ما أخذه من الربح ، وفات من يده ، فيحتاج

الى غرم ما حصل له بالقسمة ، وفي ذلك ضرر عليه ، فلا يلزم الاجابة الى ما فيه ضرر عليه .

وأما المالك فانه لا يجبر أيضا على القسمة لو طلبها العامل ، لان الربح وقاية لرأس ماله ، فله أن يقول : لا ادفع اليك شيئا من الربح حتى يسلم لي رأس مالي ، ثم انه لو تراضيا بالقسمة قبل الفسخ ، فقد عرفت أنه لم يحصل استقرار الملك للربح ، وعلى هذا فلو حصل الخسران بعد ذلك صبر المالك الى أن ينجبر هذا النقص بتجارة أخرى ، والا فانه يجب على العامل جبره بما أخذ من الربح ، لانه لم يملك ما أخذه ملكا مستقرا ، بل مراعى بعدم الحاجة اليه لجبر الخسران ، وحينئذ فاذا اتفق الخسران بعد قسمتهما الربح رد العامل أقل الامرين مما وصل اليه من الربح ، ومما يصيبه من الخسران ، لان الأقل ان كان هو الخسران ، فلا يلزمه سوى جبر المال ، والفاضل له ، وان كان هو الربح ، فلا يلزمه الجبر الا به ، وكذا يحسب المالك بر جوع أقل الامرين اليه .

وتوضيح ذلك بأن ن فرض أن أصل المال مائة درهم ، والربح عشرون درهما ، والشرط أن يكون الربح بينهما نصفين ، وبموجه يكون النقصان كذلك ، فاقسما الربح وصار حصة العامل عشرة دراهم ثم انه اتفق نقصان المال من التجارة عشرين درهماً ، فعلى العامل عشرة دراهم ، وهي تمام حصته ، لان له نصف الربح فعليه نصف النقصان ، وباقي النقصان على حصة المالك ، ولو كان الخسران ثلاثين درهماً والربح كما تقدم ، فان حصته من النقصان بموجب ما عرفت خمسة عشر درهما ، وحصته من الربح اما هي عشرة ، فيأخذ هنا بالاقل الذي هو حصته من الربح ، فانه لا يلزم بأزيد مما يأخذه ، ولا يكلف بالجبر من غير الربح ، ولو كان الخسران عشرة دراهم فان حصته من الخسران خمسة دراهم بموجب ما عرفت ، وهي أقل من حصته من الربح التي هي عشرة كما عرفت فيؤخذ بالاول الذي هو الاقل والخمسة الاخرى على المالك ، وعلى هذا يكون الزائد له ، لان الامر هنا بالحصصة ،

والرصد الذي يتعلق بالعامل من ذلك هو النصف ، والنصف الآخر بالمالك ، ومنه يعلم ما يتعلق بالمالك .

التاسعة : الظاهر أنه لا خلاف في أن التالف من مال التجارة كلا أو بعضاً بعد دورانه في التجارة يجبر بالربح ، والمراد بدورانه في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء ، لا مجرد السفر به ، قبل وقوع شيء من ذلك ، ويمكن أن يستدل على هذا الحكم أعني جبر الفائت كلا أو بعضاً بالربح بالأخبار الكثيرة المتقدمة ، الدالة على أنه مع المخالفة يضمن المال ، والربح بينهما .

ومنها صحيحة محمد بن مسلم (١) « عن أحدهما (عليهما السلام) » قال : سألت عن الرجل يعطي المال مضاربة وينهى أن يخرج به ، فيخرج قال : يضمن المال والربح بينهما . »

والتقريب فيها ما تقدم من أن الربح هو الفاضل عن رأس المال فيما لم يفضل عن رأس المال شيء فلا ربح ، وقد ادعى عليه في التذكرة الإجماع ، كما تقدمت الإشارة إليه ، وحينئذ فلا بد من جبر التالف ليحصل بقاء المال ، فما زاد على ذلك يتصف بكونه ربحاً يتعلق به القسمة بينهما ، وظاهر الأصحاب أنه لا فرق في الفوائت التي ترتب عليها الخسران بين أن يكون بأفة سداية أو بنصب غاصب أو سرقة أو نحو ذلك .

ووجه الإطلاق في ذلك ما عرفت من أن الربح وقاية لرأس المال فما دام المال لا يكون موجوداً بكماله ، فلا ربح ، وربما قيل : باختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بنفقة المتلف ، لأنه حينئذ بمنزلة الموجود فلا حاجة إلى جبره ، ولأنه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه : والمشهور عدم الفرق .

قال في التذكرة : لو حصل في المال نقص بانخفاض السوق ، فهو خسران

مجبور بالربح ، وكذا ان نقص المال بمرض حادث أو ببيع متجدد ، وأما ان حصل نقص في العين بأن يتلف بعضها فان حصل بعد التصرف في المال بالبيع والشراء ، فالأقرب انه كذلك ، وأكثر الشافعية على أن الاحتراق وغيره من الاقات السماوية خسران مجبور بالربح أيضا .

وأما التلف بالسرقة والنصب ففيه لهم وجهان ، وفرقوا بينهما بأن في النصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق ، وهو يجبر النقص فلا حاجة الى جبره بمال القراض ، وأكثرهم لم يفرقوا بينهما ، وسوا بين التلف بالافه السماوية وغيرها ، فجعلوا الوجهين في النوعين : أحدهما المنع ، لانه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ، وليس هو بناش من نفس المال الذي اشتراه العامل ، بخلاف المرض والعيب فلا يجب على العامل جبره .

وكيف كان فالاصح عندهم أنه مجبور بالربح انتهى كلامه .
وبه يظهر لك أن ما ذكره الاصحاب في المقام مأخوذ من كلام الشافعية هنا ، كما أشرنا اليه فيما تقدم ، وهذا كله فيما اذا حصل التلف في المال بعد دورانه في التجارة .

أما لو كان قبل ذلك فلا يخلو اما أن يكون التالف الجميع أو البعض ، وعلى الثاني فالأقرب عندهم جبره بالربح ، كما لو دفع له مائة فتلف منها قبل الاستعمال خمسون ، فانه يجبر التالف بالربح ، لانه تعين للقراض بالعقد والدفع الى العامل وقبض العامل له ، وحينئذ يكون رأس المال مائة كذا صرح به في التذكرة .

وعلى الاول فالذي صرح به في التذكرة ، هو أنه ان كان التلف بأفة مساوية أو من جهة المالك انفسخ العقد ، لزوال المال الذي تعلق به العقد ، فان اشترى بعد ذلك للمضاربة كان لازماً له ، والتمن عليه ، سواء علم بتلف المال قبل تهد الثمن أو جهل ذلك ، إلا أن يجيز المالك الشراء ، فان أجاز احتمل أن يكون

قراضاً - كما لو لم يتلف المال - وعدمه كما لو لم يأخذ شيئاً من المال ، أمالو أتلفه أجنبى قبل دورانه فى التجارة ، وقبل تصرف العامل فيه ، فان العامل يأخذه بماله ، ويكون القراض باقياً فيه ، لان القراض كما يتناول عين المال فكذا يتناول بدله كائمان السلعة التى يبيعها العامل ، والمأخوذ من الاجنبى عوضاً بدل . وقال فى المسالك : انه أى تلف المال كلاً قبل الدوران موجب لبطلان العقد ، فلا يمكن جبره ، الا أن يحمل على مالو أذن له فى الشراء فى الذمة فاشترى ، ثم تلف المال ونقد عنه الثمن ، فان القراض يستمر ويمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد ، كلامهما متفق على البطلان فى الصورة المذكورة الا مع التأويل بما ذكره كل منهما ، وان تغاير التأويلان .

وقال فى الشرايع : اذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فى التجارة احتسب التالف من الربح ، وكذا لو تلف قبل ذلك ، وفى هذا تردد .

قال فى المسالك : وجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران من أن وضع المضاربة على أن الربح وقاية لرأس المال ، فلا يستحق العامل ربحاً الا بعد أن يبقى رأس المال بكماله ، لدخوله على ذلك ، وعدم دورانه لا دخل له فى الحكم بخلافه ، ومن أن التالف قبل الشروع فى التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض ، والاقوى عدم الفرق ، لان المقتضى لكوبه مال قراض هو العقد ، لا دورانه فى التجارة ، فمتى تصور بقاء العقد وثبوت الربح جبر ماتلف مطلقاً انتهى . أقول : قد عرفت أن مقتضى تلف المال قبل الدوران هو بطلان المضاربة كما اعترف به فيما قد منا نقله عنه ، وكذا فى ما قدمناه من كلام التذكرة ، ومقتضى ذلك أنه لا ربح هنا بالكلية ليحصل به الجبران . ولم يبق الا الحمل على ما ذكره من التأويل ، وهو مع بعده عن ظاهر عبارة المصنف غاية البعد ، مدخول بأن الظاهر انما هو عدم الجبران .

قوله : ان وضع المضاربة على أن الربح وقاية لرأس المال الى آخره مسلم

الا أنه فرع وجود رأس المال فان رأس المال انما يصدق كما هو المتبادر على المبلغ الذي دفعه المالك، وهو قد تلف كما هو المفروض، والربح الذي يجب الجبر به انما هو ما حصل من ذلك المال بعد المعاملة به، وهذا الربح الذي حصل بالشراء في الذمة لم يترتب على ذلك المال المفروض، لانه قد ذهب قبل دورانه، ويؤيده أن الاصل بقاء ملك العامل لهذا الربح وخروجه عنه الى أن يجبر به الفائق يحتاج الى الدليل.

نعم قام الاجماع. وظاهر ما تقدم من الاخبار على الجبر بعد الدوران، فيبقى ما عداه على حكم الاصل، وبذلك يظهر أن قوله وعدم دورانه لا دخل له في الحكم بخلافه ليس في محله.

وبالجملة فانا لا نمنع بقاء العقد في صورة التأويل الذي فرضه - وبني عليه الكلام، لعدم فسخه وارتفاعه مع الاذن في الشراء في الذمة، وظهور ربح هناك - وانما نمنع من جبر التالف بهذا الربح، اذ المتبادر من الاخبار وكلام الاصحاب أن الربح الذي يجبر التالف انما هو ربح ذلك المال الذي وقعت المعاملة به، ورأس المال الذي يخرج أولا انما هو المستعمل في التجارة وكونه مال التجارة، انما يصدق حقيقة بعد الدوران لا قبله، بمعنى جبر التالف بالربح أي الذي عرض له التلف بعد حصول الربح فيه، لا ما لم يكن كذلك. وكيف كان فالمانع مستظهر، والله العالم.

العاشرة: يجوز تعدد كل من العامل والمالك فيضارب المالك اثنين، وبالعكس، فاذا تعدد العامل بأن قارض الواحد اثنين، اشترط تعيين الحصة لهما ولا يجب عندهم تفصيلها، بل يجوز أن يجعل النصف لهما، فيحكم بالنصف لهما بالسوية، لاقتضاء الاطلاق ذلك، واصالة عدم التفصيل،

وفيه نظر قد تقدم ذكره في المسئلة الرابعة من المقصد الثالث في

الربح ولو شرط التفاوت بينهما بأن جعل لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر ربه فأبهم ولم يعين بطل ، ولو عين الثلث لواحد بعينه ، والربح للآخر صح ، لان عقد الواحد مع اثنين في حكم عقدين قد قارض في أحدهما بثلث الربح ، وفي الآخر بالربح ، وقد تقدم ايضاح ذلك في المسئلة المذكورة ، واذا اتحد العامل وتعدد المالك فلو يئنا نصيب العامل من الربح بأن جعل له نصف الربح ، ولهما الباقي يكون بينهما على ما يشترطانه من التفاضل و التساوى ، سواء كان على نسبة المالكين أم لا ، وبه أفتى في التذكرة ونقل عن الشافعي المنع من التفاضل مع تساوى المالكين ، والتساوى مع تفاضلهما ، لان الربح يكون تابعاً للمال ، فاذا شرطاً له النصف كان النصف الآخر بينهما بالسوية ، فشرط التفاوت فيه يكون شرطاً لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال .

ولو شرط أحدهما للعامل النصف من حصته من الربح ، وشرط الآخر له الثلث على أن يكون الباقي بينهما نصفين صح على القول الاول ، وبطل على قول الشافعي ، قال : انه لا يجوز ، لان أحدهما يستحق مما بقي بعد شرطه النصف والآخر يستحق الثلثين ، ولا يجوز أن يشترط التساوى ، فيكون قد شرط أحدهما على الآخر من ربح ماله بغير عمل عمله ، ولا مال يملكه .

أجاب القائلون بالقول الاول بأن الفاضل الذي أخذه الشريك من حصة العامل ، لامن حصة شريكه ، وقوضيحه أن الاصل لما اقتضى التساوى في الربح للمشريكين مع التساوى في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفاً الى حصة العامل ، بمعنى أن شارب الزيادة يكون قد جعل للعامل أقل مما جعل له أخذ النقيصة ، وهو جائز ، ومنه علم حجة القول الاول .

أقول : ومن تعارض هذين الوجهين في المسئلة تردد المحقق في المسئلة المذكورة وهو في محله ، لعدم النص الواضح في المقام ، وان كان القول الاول لا يخلو من قوة .

هذا فيما لو اشترطنا التفاضل في القسمة مع اطلاق النصف الذي عيناه للعامل بمعنى أنه لم يعين نصيب كل منهما من ذلك النصف الذي جعلناه له ، أما لو عيناه بأن قالنا لك نصف الربح على أن يكون بالمناصفة بيننا ، فيرجع الى أنه قد جعل له كل واحد منهما ربع الربح ، فانه بهذا التعيين يخرج المسئلة عما قلناه هنا من الخلاف ، ويرجع الكلام في ذلك الى ما تقدم في كتاب الشركة من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوى المالكين ، وبالعكس وقد تقدم البحث في ذلك في المسئلة الخامسة (١) من الفصل الاول من الكتاب والله العالم .

الحادية عشر - اختلف الاصحاب في مالو اشترى العامل شيئاً للقراض فتلف الثمن قبل دفعه البايع ، قال الشيخ في الخلاف : اذا دفع اليه ألفاً للقراض فاشترى به عبداً للقراض ، فهلك الالف قبل أن يدفعه في ثمنه ، اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب ، قال أبو حنيفة ومحمد : يكون المبيع لرب المال ، وعليه أن يدفع اليه ألفاً غير الاول ، ليقضى به دينه ، ويكون الاول والثاني قراضاً وهما معاً رأس المال ؛ وقال مالك : رب المال بالخيار بأن يعطيه ألفاً غير الاول ليقضى به الدين ويكون الالف الثاني رأس المال دون الاول ، أو لا يدفع اليه شيئاً ، فيكون المبيع للعامل ، والثمن عليه ، ونقل البزطي عن الشافعي أن المبيع للعامل ، والثمن عليه ، ولا شيء على رب المال ، وهو اختيار أبي العباس ، قال الشيخ : وهو الذي يقوى في نفسه لانه لا يخلو اما أن يكون الالف تلف قبل الشراء ، أو بعده ، فان كان تلف قبل الشراء وقع الشراء للعامل ، لانه اشتراه بعد زوال القراض ، وان كان التلف بعد الشراء فالبيع وقع لرب المال ، وعليه أن يدفع الثمن من ماله الذي سلمه اليه ، فاذا هلك المال فحول الملك الى العامل ، وكان الثمن عليه ، لان رب المال انما فسح للعامل في التصرف في ألف اما أن يشتري به بعينه ، أو في الذمة ، وينقد عنه ، ولم يدخل على أن يكون له في القراض اكثر منه .

وقال في المبسوط : اذا دفع ألفاً قراضاً فاشتري به عبداً للقراض فهلك
الالف قبل أن يدفعه ، قال قوم : ان المبيع للعامل والثمن عليه ولا شيء على رب المال
وقال قوم : المبيع لرب المال ، وعليه أن يدفع اليه ألفاً غير الاول ، فيقضي به دينه ،
ويكون الالف الاول والثاني قراضاً وهما معا رأس المال وهو الاقوى ، وبه قال
ابن البراج ، ثم نقل مذهب مالك الذي قدمنا نقله عنه في الخلاف ، ثم قال : واذا
سرق المال قبل أن يدفعه في ثمن المبيع قال قوم : يكون للعامل والثمن عليه ،
ولا شيء على رب المال ، وفي الناس من قال : اذا تلف المال قبل الشراء ،
فالمبيع للمشتري ، لانه اشتراه بعد زوال عقد القراض ، وان كان بعد الشراء كان
الشراء للقراض ووقع الملك لرب المال ، لانه اشتراه والقراض بحاله ، لان الاذن
قائم ، واذا كان الشراء له كان الثمن عليه ، واذا دفع اليه ألفاً آخر ليدفعه في
الثمن ، نظرت فان سلم فلا كلام ، وان هلك فعليه غيره كذلك أبداً ، فعلى هذا
اذا هلك الالف الاول ، ودفع اليه ألفاً آخر فدفعه في الثمن ، فان الالفين يكون
رأس المال ، وهو الصحيح ، لان الالف تلف بعد أن قبضه العامل ، فلم يكن من
أصل المال ، كما لو كان في التجارة ، انتهى .

وقال الشيخ المفيد : اذا ابتاع المضارب متاعاً لصاحب المال ، وأراد نقد
الثمن ، فوجد المال قد هلك ، فنقد من عنده في المتاع كان المتاع له دون صاحب
المال ، وكان الربح له والخسران عليه ، ولم يكن لصاحب المال فيه نصيب على حال .
وقال ابن ادریس : ان كان المضارب اشترى العبد بثمن في الذمة لابن المال
فالعبد للمضارب دون رب المال ، ويجب على العامل الذي هو المضارب أن يدفع
من ماله ألفاً ثمن العبد ، والمبيع لا يفسخ ، لان الائتمان اذا كانت في الذمة لا يفسخ
المبيع بهلاكها ، لانها غير معينة ، وان اشترى بعين مال المضاربة انفسخ البيع ،
وكان العبد ملكاً لبايعه ، على ما كان دون العامل ، ودون رب مال المضاربة لان

هلاك الثمن المعيّن يوجب الفسخ ، قال : وهذا الذى اخترناه مذهب شيخنا فى مواضع كثيرة من كتب مسائل الخلاف والمبسوط ، انتهى .

أقول : والمسئلة المذكورة وان كانت خالية من النصوص على العموم والخصوص ، الا أن مقتضى قواعدهم فى هذا الباب هو التفصيل ، بأن يقال : ان كان تلف المال بعد الشراء بتفريط من العامل اما بعدم الحفظ أو بالتأخير عن الدفع فانه يكون ضامنا ، ويكون القراض باقياً ويجب عليه الدفع الى البايع ، وان لم يكن بتفريط ، فلا يخلو اما أن يكون الشراء بالعين أو فى الذمة ، فان كان الشراء بالعين بطل البيع ، ووجب دفع المبيع الى بايعه كما ذكره ابن ادریس ، وان كان فى الذمة فان كان مأذوناً من المالك وقع الشراء للقراض ، ووجب على المالك دفع الثمن عوض التالف ، ويكون الجميع رأس المال فيجبر بالربح عندهم ، كما تقدم .

وان لم يكن مأذوناً من المالك بطل الشراء ان أضاف ذلك الى المالك والقراض ، وترد المبيع على بايعه ، الا أن يجيز المالك ذلك بناء على صحة العقد الفضولى ، فان أجاز المالك وجب عليه دفع الثمن ثانياً وثالثاً وهكذا ، ويكون الجميع رأس المال كما تقدم ، وان لم يصف ذلك الى المالك ولا القراض ، بل أضافه الى نفسه أو أطلق وقع الشراء للعامل ، وعليه دفع الثمن ، وعليه يحمل اطلاق كلام ابن ادریس هذا مقتضى قواعدهم فى الباب والله العالم بحقيقة الحق والصواب .

الثانية عشر - اذا دفع اليه مالا قراضاً وشرط عليه أن يأخذ له بضاعة ، فهل يصح القراض والشرط ، أو لا يصح شيء منهما ، أو يصح القراض ويبطل الشرط ؟ أقول : أولها - للعلامة فى المختلف والمحقق فى الشرايع ، وثانيهما - أحد قولى الشيخ وبه جزم ابن البراج ، وثالثهما للشيخ أيضا .

قال في المبسوط : اذا دفع اليه ألفاً قراضاً بالنصف على أن يأخذ منه ألفاً بضاعة بطل الشرط ، لان العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ، ولا قسط من الربح ، واذا بطل الشرط بطل القراض ، لان قسط العامل يكون مجهولاً ، لان المالك انما يحصل له النصف حتى اشترط العامل له عملاً بغير جعل ، فيذهب من نصيب العامل قدر ما زيد فيه لاجل البضاعة ، وهو مجهول .

ثم قال : وان قلنا أن القراض صحيح ، والشرط جائز - لكنه لا يلزم الوفاء به ، لان البضاعة لا يلزم القيام بها - كان قوياً ، وجزم ابن البراج بالاول .

وقال في المختلف بعد نقل ذلك : والحق صحة الشرط والعقد ، وأى منافاة بين أن يعمل العامل عملاً في مال بعوض ، وفي غيره بغير عوض ، لنا وجود المقتضى وهو العقد ، وقوله (عليه السلام) (١) : « المؤمنون عند شروطهم » والمانع منتفٍ لما يتيقن ، فيثبت القراض والشرط ، ويجب عليه القيام به ، لقوله (عليه السلام) « المؤمنون عند شروطهم » ، وقال في المسالك : وهو الاقوى ..

أقول ، وملخص حجة القول بطلان الجميع أن وضع القراض على أن يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح ، وهذا العمل ليس في مقابلة شيء فيفسد الشرط ، ويتبعه العقد ، لان قسط العامل يكون مجهولاً ، لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح ، وقد بطل ، فيبطل ما يقابله فيتجهل الحصر في النصف .

ورد بمنع منافات هذا الشرط لمقتضى العقد ، فان مقتضاه أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح ، أما غيره فلا ، فاذا تناوله دليل مجوز لزم القول بجوازه .

وأنت خير بأن المسئلة غير خالية من الاشكال على كل من هذه الاقوال ، وتوضيح ذلك أن البضاعة لا يجب القيام بها ، لان مبنائها على الجواز ، والقراض

أيضاً من العقود الجائزة كما عرفت لا يلزم الوفاء به ، فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده ، لان الشرط كالجزء من العقد تابع له ، فلا يزيد عليه ، والحال أن المالك لم يعيّن للعامل هذه الحصة الا من حيث هذا الشرط ، فان وفى به فلا بحث ، والا أشكل الامر .

ومقتضى القواعد كما عرفت أنه لا يلزم للعامل الوفاء به ، فمتى أخل به تسلط المالك على الفسخ ، ولو كان ذلك له بدون الشرط الا أن هذا سبب زائد ، فلو فسخ والحال هذه فان كان قبل ظهور ربح ، فمقتضى قواعدهم أن للعامل عليه الاجرة كما تقدم ، وان كان بعد ظهوره فهل يكون جميع الربح للمالك نظراً الى أنه لم يبذله للعامل الا بالشرط ، وقد فات ، أو للعامل حصته المعينة ، نظراً الى ملكه لها بالظهور قبل الفسخ ، والاصل بمعنى الاستصحاب يقتضى بقائه ، ويؤيده أن المالك قد قدم على ذلك حيث اقتصر على شرط ذلك في عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط اشكال ، وقيل : هنا بالاول ، وفيه ما عرفت ، والله العالم .

الثالثة عشر = لاختلاف ولا اشكال في أنه لو اشترى جارية للقراض لم يجز له وطئها ، لانها ملك لرب المال ، ظهر فيها ربح أم لا ، غاية الامر بظهور الربح أن تكون مشتركة بين المالك والعامل ، والجارية المشتركة لا يجوز لاحد الشريكين وطئها بدون اذن الآخر ، فان وطأها والحال كذلك فقد تقدم الكلام في تحقيق القول في ذلك بالنسبة الى الحد والمهر والولد في كتاب البيع في المسئلة الرابعة عشر من المقصد الثاني من الفصل التاسع في بيع الحيوان (١) .

وقد صرح العلامة في التذكرة هنا بأن المهر المأخوذ منه هنا يجعل في مال القراض ، قال : لانه ربما وقع خسران فيحتاج الى الجبر .

وقال في التذكرة أيضاً : أنه لا يجوز للمالك أن يطأها أيضاً سواء كان هناك ربح أم لا ، لان حق العامل قد تعلق بها ، والوطئ ينقصها ان كانت بكرأ ، أو

يؤدى الى خروجها من المضاربة ، لانه ربما يؤدى الى اجبالها . الى أن قال : ولو لم يكن فيها ربح لم يكن للمالك أيضاً ، لان انتفاء الربح فى المتقومات غير معلوم ، وانما يتيقن الحال بالتنضيض للمال ، اما لو تيقن عدم الربح فالاقرب أنه يجوز له الوطى ، انتهى .

أقول : وعلى هذا ينبغي أن يحمل قوله أولاً لايجوز للمالك أن يطأها سواء كان هنا ربح أم لا ، على الربح الذى من أصل المال ، لامن الجارية جمعاً بين كلاميه ، وانما الخلاف والاشكال فيما اذا أذن له فى شراء الجارية ووطأها ، فالمشهور أنه كالاول ، لان الاذن قبل الشراء لا أثر لها فى التحليل ، سواء قلنا أن التحليل تمليك أو عقد ، فانه على تقدير كل منهما لا يحصل شيء منهما قبل الشراء ، فلا يدخل تحت الحصر فى قوله تعالى « الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » (١) الا انه قد روى الشيخ فى التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد بن زياد عن عبدالله بن يحيى الكاهلى (٢) عن أبى الحسن (عليه السلام) « قال : قلت : رجل سألنى أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالا مضاربة يشتري له ما يرى من شيء ، فقال : اشتر جارية تكون معك ، والجارية انما هى لصاحب المال ان كان فيها وضیعة فعلیه ، وان كان فيها ربح فله ، للمضارب أن يطأها ؟ قال : نعم . »

وبهذا الرواية أفتى الشيخ فى النهاية ، وظاهر المحدث الكاشانى فى الوافى الميل الى ذلك ، حيث قال : وانما أجاز له ووطأها لان قوله تكون معك تحليل لها ايّاه ، انتهى .

والاصحاب قد ردوها بما عرفت : قال فى المسالك : والقول بالجواز للشيخ فى النهاية استناداً الى رواية ضعيفة السند ، مضطربة المفهوم ، قاصرة الدلالة .

(١) سورة المؤمنون - الآية ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩١ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٠ باب ١١ .

أقول : أما ضعف السند فهو غير وارد على الشيخ وأمثاله من المتقدمين الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم ، بل الاخبار كلها صحيح باصطلاحهم ، الا ما قصوا عليه ، وقد تقدم تحقيق ذلك في المجلد الاول من الكتاب (١) .

وأما قصور الدلالة فهو مردود بأنه لا أصرح في الجواز من قوله (عليه السلام) « نعم » بعد قول السائل « أله أن يطأها » ، وأما اضطراب المفهوم فهو غير مفهوم ولا معلوم ، وأما ما استندوا اليه من أن الاذن قبل الشراء لأثره في التحليل فهو أول المسئلة ومحل البحث ، وأي مانع منع منه «قولهم : سواء قلنا أن التحليل تمليك أو عقد» مدخول بعدم الاقتصار في القسمين المذكورين ، فان التحليل قسم ثالث ، ليس بتمليك ولا عقد ، وقد دلت الاخبار على جواز النكاح به ، وان كان ظاهر كلامهم ارجاعه الى أحد القسمين المتقدمين ، الا أن ظاهر الاخبار كونه قسماً برأيه . وبالجمله فان ردّ الخبر من غير معارض مشكل ، والر كون الى هذه التعليقات العلية وردّ الخبر بها مجازفة ظاهرة ، هذا كله فيما اذا كان الاذن قبل الشراء .

أما لو كان بعد الشراء فان الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في جواز الوطء الا أن يكون الشراء للقراض ويكون قد ظهر فيها ربح ، فانه تصير المسئلة هنا راجعة الى مسئلة تحليل أحد الشريكين لصاحبه ، وفيها خلاف واشكال سيأتي التنبيه عليه في محله ان شاء الله ، ومنشأؤه من حيث لزوم حل النكاح بسببين مختلفين ، الا أن هذا خارج عن مورد الخبر المذكور ، فان ظاهره أن الجارية للمالك خاصة ، وليست من القراض في شيء .

وكيف كان فالمسئلة لما عرفت محل توقف واشكال ، والاحتياط فيما ذكره الاصحاب والله العالم .

الرابعة عشر - اذا مات وفي يده أموال مضاربة فان علم مال أحدهم بعينه

حكم له به ، وان جهل كانوا فيه سواء ، فان جهل كونه مضاربة حكم به للورثة ، ويدل على الاولين ما رواه الشيخ في التهذيب عن السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي (عليهم السلام) انه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة قال : ان سماء بعينه قبل موته فقال : هذا لقفلان فهو له ، وان مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء ، ورواه الصدوق مرسلًا ، ويدل على الثالث أصالة العدم ، والحكم باليد ، ثم انه على تقدير الثاني فالمراد باستوائهم في المال كما ذكره الاصحاب هو أن يقسم بينهم على نسبة أموالهم لا بمعنى أن يقسم بالسوية كما في أقسام غيرهم من الشركاء .

هذا اذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حده ، وأما ان كان المال ممتازاً مع جملة ماله مع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك ان وسعت التركة أموالهم أخذوها ، وان قصرت تحاصوا وعلى تقدير الثالث فالمراد به أن العامل كان في يده مضاربة في الجملة ، ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها ومن أجل ذلك حصل الجهل بكون المال الذي في يده مضاربة ، اذ كما يحتمل أن يكون من مال المضاربة ، يحتمل أن يكون من ماله ، فيحكم بكونه ميراثاً ، عملاً بظاهر اليد ، ولكن يبقى الاشكال في أنه هل يحكم بضمانه لمال المضاربة من حيث أصالة بقائها الى ان يعلم التلف بغير تفريط ولعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (٢) أم لا ؟ لأصالة براءة الذمة ، وكون مال المضاربة أمانة غير مضمونة ، وأصالة بقائه لا يقتضي ثبوته في ذمته مع كونه أمانة اشكال ، ولعل الثاني أقوى والله العالم .

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٢ ح ٣٧ الفقيه ج ٣ ص ١٤٤ ح ٦ الوسائل ج ١٣

ص ١٩١ باب ١٣ .

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤ كتاب الوديعة .

كتاب المزارعة والمساقاة

والكلام في هذا الكتاب يقع في مطلبين : الاول - في المزارعة ، وهي مفاعلة من الزرع ، ومقتضى الصيغة الوقوع منهما معاً كما هو قضية باب المفاعلة ولعله هنا باعتبار أن أحدهما زارع ، والاخر أمر به ، فكانه لذلك فاعل من حيث السببية ، كما قيل : مثله في باب المضاربة ، وهنا فوائد يحسن التنبيه عليها قبل الشروع في المقصود .

الاولى - وقد ذكر جملة من الاصحاب أن المزارعة قد يعبر عنها بالمخاطبة اما من الخبير ، وهو الاكار ، أو من الخبابة وهي الارض الرخوة ، أو مأخوذ من معاملة النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أهل خيبر حيث جعلها في أيديهم على النصف من حاصلها ، فقيل : خابرهم أي عاملهم في خيبر .

قال الصدوق في كتاب معاني الاخبار (١) بعد أن روى مرفوعاً عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه نهى عن المخاطبة وهي المزارعة بالنصف والثلث والرابع وأقل من ذلك وأكثر وهو الخبر وكان أبو عبيد يقول : لهذا سمي الاكار

(١) معاني الاخبار ص ٢٧٨ ط طهران ١٣٧٩ .

الخير ، لانه يخبر الارض والمخبرة المؤاكره ، والخبرة بالفعل والخير الرجل ، ولهذا سمي الاكار لانه يواكر الارض أى يشقها ، انتهى .

قال بعض أصحابنا : وما روى أنه (عليه السلام) نهى عن المخبرة ، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها .

أقول : الظاهر أنه اشار الى هذا الخبر فأنى لم أقف فى اخبارنا على مايدل على النهى عنها ، بل الاخبار كما سيأتيك انشاء الله تعالى ظاهرة فى مشروعيته وصحتها ، ولم ينقل الخلاف فى ذلك عن أحد من أصحابنا ، ولا من العامة الا عن أبى حنيفة والشافعى فى بعض المواضع ، وأيضاً فان الظاهر ان هذا الخبر الذى نقله الصدوق هنا انما هو من طريق العامة ، حيث أنه رواه عن محمد بن هارون عن على بن عبدالعزيز عن أبى عبيد (١) رفعه الى النبى (صلى الله عليه واله وسلم) أنه نهى الخبر والله العالم .

الثانية - قد عرفوا المزارعة بأنها معاملة على الارض بحصة من حاصلها ، والصيغة فيها زارعتك أو ازرع هذه الارض أو سلمتها اليك وبحود ذلك مما يفيد هذا المعنى مدة كذا بحصة معلومة من حاصلها ، والظاهر أنه لاخلاف بينهم فى كونها من العقود اللازمة التى لا تنفسخ الا بالتقابل فلا بد فيها من الايجاب والقبول الدالين على الرضا بالتسليم وفى المسالك وأنه لا بد من كونهما بالعربية والماضوية ، فلا تصح بلفظ الامر وأن الاقوى اعتبار القبول اللفظى كغيره من العقود اللازمة ، وفى الجميع نظر قد تقدم فى كتاب البيع ، وتقدم من هذا القائل ثمة ما يوهن ما ذكره فى هذا المقام وأمثاله ، ويدل على وقوعها ، وكذا وقوع المساقاة بلفظ الامر الذى منع منه هنا جملة من الاخبار .

ومنها ما رواه فى الكافى عن يعقوب بن شعيب (٢) فى الصحيح عن أبى عبد الله

(١) معانى الاخبار ص ٢٧٨ ط طهران سنة ١٣٧٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٦ ح ١٣ .

(٢) الكافى ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٠٢ . الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٠٢ .

(عليه السلام) في حديث « قال : سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمان أدخل أوقا كهة ، ويقول : اسق هذا من الماء ، وأمره ذلك نصف ما خرج قال . لا بأس » .

وبذلك يظهر لك ما في قوله في المسالك ، وأما قوله أزرع هذه الأرض بصيغة الأمر فإن مثل ذلك لا يجيزونه في نظائره من العقود ، ولكن المصنف (رحمة الله عليه) أجازته هنا استناداً إلى روايتي أبي الربيع الشامي والنضر بن سويد عن أبي عبد الله (عليه السلام) وهما قاصرتان عن الدلالة ، فالإقتصار على لفظ الماضي أقوى .

أقول : أما رواية أبي الربيع (١) التي أشار إليها وهي ما رواه الشيخ عنه عن أبي عبد الله (عليه السلام) « أنه سئل عن رجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر فقال : لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرأ ، ولكن يقول لصاحب الأرض أزرع في أرضك ذلك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط » ولا يسمى بذراً ولا بقرأ الحديث .

وأما رواية النضر فالظاهر أن نسبتها إلى النضر سهو من قلمه (رحمة الله عليه) وإنما هي رواية عبد الله بن سنان (٢) وإن كان الراوي عنه النضر كما هو في التهذيب فإننا لم نقف على روايتي النضر بما قاله ، فإن سندها في التهذيب الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان « أنه قال : في الرجل يزرع أرض غيره فيقول : ثلث للبقر ، وثلث للبذر ، وثلث للأرض قال : لا يسمى شيئاً من الحب والبقر ، ولكن يقول : أزرع ولي فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً ، وإن شئت ثلثاً » .

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٣ و ص ١٩٧ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٠١ ح ١٠ و ص ٢٠٠ ح ٥ .

وأشار بقصورهما عن الدلالة الى احتمال كون أزرع بلفظ المستقبل ، بل هو الظاهر من الرواية الاولى .

وفيه أولاً انه وان كان بلفظ المستقبل الا أن فيه ردأ عليه فيما ادعاء من الاقتصار في لفظ الماضي ، وثانياً ما عرفت من الصحيحة المتقدمة الصريحة في وقوع المساقاة والمزارعة بلفظ الامر ، ثم انه قال : أيضاً وفي عبارة المصنف تجوز ، لانه قال : وعبارتها كذا ولم يذكر القبول ، مع أنه أحد ركني العبارة عنها ، فلا بد من ذكره ، ولعله أشار بما ذكر الى الاكتفاء بالقبول الفعلي كما اختاره العلامة في القواعد ، فتتخصر العبارة في الايجاب ، والاقوى اعتبار القبول اللفظي كغيره من العقود اللازمة .

أقول : فيه ان المفهوم من الاخبار كصحيحة يعقوب بن شبيب المتقدمة ، وجملة من الاخبار التي قدمناها في كتاب البيع أن المدار في القبول على حصول الرضا بما دل عليه الايجاب ، وان لم يكن بلفظ ، وكذا في جانب الايجاب الا ان الاظهر اشتراط اللفظ في جانب الايجاب ، وان كان بعض متأخري المحدثين ، قد اكتفى أيضاً بمجرد الرضا ، وما ذكره في الصحيحة المذكورة هو صورة عقد المساقاة ، وهو خال من ذكر لفظ القبول ، كما ادعاء .

وكذلك جملة من العقود التي وردت بها الاخبار كما لا يخفى على من راجع الروايات التي قدمناها في كتاب البيع ، وبه يظهر ضعف ما ادعاء من أن الاقوى اعتبار القبول اللفظي ، فانه - مع كونه لادليل عليه - مردود بظهور الدليل على خلافه كما عرفت .

الثالثة - المفهوم من كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك أنه لا بد من كون الارض ملكاً لاحدهما عيناً أو منفعة ، لانه المستفاد من حقيقة المزارعة وصيغتها ، فلا تشرع المزارعة في الارض الخراجية الا باستعمال حيلة من الحيل الشرعية .

نم ذكر جملة من الحيل في ذلك ، ومنها جعل البذر منهما قال (رحمة الله عليه) فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الأرض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر ، بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشراكة ، ويجعلان باقي الاعمال بينهما على نسبة المال ، ولو اتفقا على زيادة عمل من أحدهما نوى به التبرع ، فلا رجوع له بالزائد ، ولو أرادا جعل الحاصل مختلفا مع التساوي في البذر أو بالعكس ، بنى على ما تقرر في الشراكة من جواز ذلك ، وقد عرفت أن المختار جواز الزيادة في القدر للعامل ، أو من له زيادة في العمل ، فليلاحظ ذلك أو غيره من الحيل الشرعية على توسيع هذه المعاملة ، لأنها متداولة في كثير من البلاد التي أرضها غير مملوكة ، فيحتاج فيها الى وجه مجوز ويمكن فرضه بأمور ، ثم عد جملة من الحيل في ذلك .

وأنت خبير بأن غاية ما يفهم من حقيقة المزارعة وصيغتها وتعريفها هو أولوية أحدهما بمنفعة تلك الأرض ، أعم من أن يكون بالملك المطلق لرقبة الأرض ، ومنفعتها بالاجارة ، أو الأولوية الحاصلة في الأرض الخراجية أو المباحة بالتجوير أو الأحياء ، وإن لم تقل بحصول الملك به .

وبالجملة فما يبدل على كون المنفعة له بأي نحو كان ، ويبدل على ذلك الاخبار الواردة في مزارعة أرض الخراج من غير اشتراط شيء مما ذكره .

ومنها صحيحة يعقوب ابن شعيب (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيندفعها الى رجل على أن يعمرها ، ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لا بأس .

وصحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في حديث أنه سئل عن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث قال : لا بأس به ، الحديث .

(١) والكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ و ص ٢٠١

ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ و ص ٢٠٠ ح ٨

على أنه قد صرح هو وغيره بل الظاهر انه لا خلاف فيه ، الا من بعض متأخري المتأخرين كما تقدم ذكره بأنه يجوز بيع الارض الخراجية تبعاً للآثار ، ومتى جاز البيع جازت المزارعة بطريق أولى ، وبذلك يظهر أن إطلاقه المنع من المزارعة في الارض الخراجية بناء على أنها ملك للمسلمين قاطبة ، وان هذا الزارع لا يملكها ، ومن شرط المزارعة الملك لاحدهما كما ذكره غير جيد .

فان قيل : - انه بعد حصول الآثار فيها كما يجوز بيعها يجوز المزارعة أيضاً ، والمدعى أنما هو قبل حصول الآثار فيها - قلنا : هذه الآثار التي يترتب عليها جواز البيع انما حصلت بعد الفتح ، وثبوت كونها خراجية ، فالمجوز لهذه الآثار مجوز للمزارعة عليها ، وهو ظاهر .

الرابعة - قد عرفت أن عقد المزارعة عندهم من العقود اللازمة التي لا تبطل الا بالتقائل ، أما كونه من العقود اللازمة فلانه مقتضى الاصل ، اذا اصل لزوم العقد الا ما خرج بدليل ، وللخبر المشهور « المؤمنون عند شروطهم » (١) وآية « أوفوا بالعقود » (٢) ونحو ذلك من الأدلة العامة .

وأما كونه لا يبطل الا بالتقائل ، فالمراد به بالنظر الى اختيار المتعاقدين يعنى ليس كالعقود الجائزة التي لكل من المتعاقدين فسخا ، والا فانه يبطل أيضا بغير التقائل كاتقطاع الماء عن الارض ، وفساد منفعة الارض ، فالحصر في التقائل ليس حصراً حقيقياً ، وانما هو بالاضافة الى المتعاقدين .

والظاهر أن المستد في بطلانه بالتقائل هو الاجماع ، ولا يبطل بالبيع ولا بموت أحد المتعاقدين : لعدم المناقات بين البيع أو الموت وبين بقاء المزارعة كما سيأتي مثله في الاجابة على الاظهر ، وان كان فيه ثمة قول بالبطلان بالموت .

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

(٢) سورة المائدة - الآية ١ .

أما هنا فالظاهر أنه لا خلاف في عدم البطلان بالموت ، عملاً بلزومه وأصالته بقائه ودوامه ، وليس الاستصحاب هنا من قبيل الاستصحاب المختلف في حجتيه ، لان مرجع هذا الاستصحاب الى عموم الدليل حتى يقوم وجود الرافع كما في البيع ونحوه ، ثم انه ان كان الميت العامل قام مقامه ورثته ، في العمل ، والارفع الامر الى الحاكم فيستأجر الحاكم من يقوم بالعمل من مال الميت أو من حصته من الغلة ، وان كان الميت المالك بقي العامل على عمله ، وعليه القيام بتمام العمل ، وربما استثنى من الاول ما لو شرط عليه المالك العمل بنفسه ، فانها تبطل بموته ، كما قيل مثله في الاجارة ، وهو متجه لو كان الموت قبل ظهور الحاصل ، أما بعد ظهوره فيشكل ذلك ، فانه قد ملك الحصه ، وان وجب عليه بقية العمل ، والحكم بخروجها عن ملكه بالموت - بعد دخولها كما عرفت - الظاهر بعده .

الخامسة - قال الشيخ في النهاية : لا بأس بالمزراعة بالثلث والربع أو أقل أو أكثر ، ويكره أن يزارع بالحنطة والشعير والتمر والزبيب ، وليس ذلك بمحذور ، فان زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير ما يخرج من تلك الارض مما يزرعه في المستقبل ، بل يجعل ذلك في نعمة الزارع .

قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه : قوله ويكره أن يزارع بالحنطة والشعير : ان قصد بذلك المزراعة فهو ممنوع وان قصد الاجارة فهو حق ، ثم نقل عن الشيخ المفيد أنه قال : المزراعة بالربع والثلث والنصف جائزة ، كما يجوز بالذهب والفضة ، ثم اعترضه فقال : وهذا العبارة أشكل من الاولى ، لانه ان قصد بالمزراعة الاجارة لم تصح بالحصه ، وان قصد المزراعة لم تصح بالذهب والفضة ، والظاهر أن قصده بالاول المزراعة ، وبالثاني الاجارة انتهى .

أقول : والوجه في ذلك ظاهر مما تقدم في تعريف المزراعة من أنها بحصة من الحاصل من ثلث أو نصف أو نحوهما ، فلا يجوز بالدرهم والدنانير ، ولا غيرهما من العروض الخارجة عن الحاصل ، والاجارة انما تكون بالدرهم والدنانير

والعروض المعينة ، لا بالحصة من الحاصل من ربع أو ثلث أو نحو ذلك ، وهاتان العبارتان مضطربتان في ذلك كما عرفت ، إلا أنه قد وقع مثل ذلك في بعض الاخبار أيضاً كما في رواية أبي بصير (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : لا تستأجر الأرض بالتمر ولا بالحنطة ولا بالشعير ولا بالأربعماء ولا بالنطاف ، قلت : وما الأربعماء قال الشرب والنطاف فضل الماء ، ولكن تقبلها بالذهب والفضة ، والنصف والثلث والربع .

فإن هذه القبالة إن حملت على المزارعة لم تجز بالذهب ولا بالفضة ، وإن حملت على الإجارة لم تجز بالنصف والثلث والربع ، واحتمال ما ذكره العلامة (رحمة الله عليه) في عبارة الشيخ المفيد بعيد في العبارة المذكورة ، وفي الخبر المذكور ، ولا يحضر في الآن وجه في المخرج عن ذلك ، إلا أنه يمكن أن يقال : إن القبالة أعم من المزارعة والإجارة ، فيطلق على كل منهما ، وحينئذ فيكون المعنى في الخبر ولكن تقبلها بالذهب والفضة يعني استأجرها ، وبالنصف والثلث والربع يعني زارع عليها ، هذا أقصى ما يمكن أن يقال والله العالم .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن البحث في هذا المطلب يقع في مقامين : أحدهما في الشروط وهي ثلاثة :

الاول - أن يكون التماء مشاعاً بينهما تساويافيه أو تفاضلاً ، والظاهر أن دليله الإجماع ، وهو ظاهر الاخبار أيضاً مثل قوله (عليه السلام) في حصة الحلبي (٢) « لا تقبل الأرض بحنطة مسماء ، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لأبأس به » وقال : لأبأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس ، وقوله (عليه السلام) في صحبة الحلبي (٣) أيضاً « أحسنه » لأبأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٨ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٢ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٧ .

وقوله (عليه السلام) في صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة ، ولكن ، تقول ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً وان شئت ثلثاً ، وتحوها رواية أبي الربيع المتقدمة أيضاً إلى غير ذلك من الاخبار .

وبالجملة فالذى دلت عليه الاخبار في المقام هو الاشاعة في الحصة فتقف الصحة في ما عداها على الدليل ، وليس فليس وعلى هذا فلو شرطه أحدهما لم يصح ، وكذا لو اختص أحدهما بنوع من الزرع دون صاحبه ، كما لو شرط أحد هما ما حصل أولافهوله ، ويسمى ذلك الهرف ، والآخر ما يحصل أخيراً ويسمى الافل .

قال في المسالك (الهرف) : ساكن الوسط ، المتقدم من الزرع والثمر يقال : أهرفت النخلة : أى عجلت أثناء ما قاله الجوهري (١) : والافل بالتسكين أيضاً خلاف الهرف ، وهو المتأخر عنه انتهى .

أقول : قد تتبع ما حضرنى من كتب اللغة كالقاموس والمصباح المنير فلم أظفر فى شىء منهما بهذا المعنى لهذين اللفظين ، واحتمل التحريف فى اللفظين المذكورين بأن يكونا على غير ما كتبناه ممكن ، الا أننا تتبعنا أيضاً جملة من الالفاظ التى ربما وقع التحريف عنها فلم أظفر بذلك .

وكيف كان فالنقل المذكور لاشك فيه ، وانما الشك فى تعيين المادة فى كل من اللفظين وضبطها ، فليراجع ذلك ، ووجه البطلان فى الاشتراط المذكور فى الصورتين المذكورتين هو ما عرفت من خروج ذلك عن وضع المزارعة الذى دلت عليه الاخبار ، ومثلها أيضاً ما لو شرط أحدهما ما يزرع على الجداول ، والآخر ما يزرع على غيرها ، لمنافات جميع ذلك الاشاعة التى دلت عليه الاخبار وقام عليها الاجماع .

(١) الصحاح ج ٤ ص ١٤٤٢ وفى اقرب الموارد هرفت النخلة : تهريفاً عجلت

انماها أى : ثمرتها و أهرفت النخلة : عجلت انماها مثل هرفت .

نعم وقع الخلاف هنا في موضعين ، أحدهما لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل والزائد عليه يكون مشتركاً بينهما ، فالظاهر - وبه صرح جملة من الاصحاب أيضاً - أنه لا يصح ، لجواز أن لا يزيد شيء ، ولأن ظاهر الاخبار المتقدمة هو الاشتراك في جميع ما يحصل من النماء الا ما خرج بالشرط ، ولا فرق بين ذلك من كون القدر المشروط هو البذر وغيره ، ولا بين كون الغالب على تلك الارض أن يخرج منها ما يزيد على الشرط عادة أم لا ، لاشتراك الجميع في الخروج عن قاعدة المزارعة ، مضافاً الى حصول الجهل في العوض الموجب لكون العقد على خلاف الاصل فيبطل حينئذ ، ونقل عن الشيخ في النهاية وجماعة جواز استثناء البذر من جملة الحاصل ، وفي المختلف جواز استثناء شيء من الحاصل مطلقاً ، والاشهر الاظهر الاول .

وثانيهما - لو شرط أحدهما شيئاً يضمنه كعمل يعمل مضافاً الى الحصة ، فقيل : أيضاً بالصحة ، وهو المشهور لعموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط ، مع عدم منافاته لمقتضى العقد ، لخروجه عن النماء الذي اقتضى العقد ، اشاعته كما عرفت ، وقيل : بالبطلان وهذا القول نقله المحقق في الشرايع ، الا أنه في المسالك قال : لا تعلم القائل به ، واستدل في الكفاية للقول المشهور بزيادة على ما ذكر من العمومات برواية محمد بن سهل عن أبيه عن أبي الحسن موسى (عليه السلام) .

والظاهر أنه اراد بها ما رواه المشايخ الثلاثة عن الراوى (١) المذكور قال : سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل يزرع له الحراث الزعفران ، ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً ، فربما نقص وغرم ، وربما زاد واستفضل قال : لا بأس به اذا تراضيا ، أقول :

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٣

وما ذكره وان احتمل باعتبار أحد الاحتمالين في الرواية الا انه غير متعين .
وتوضيح ذلك أن قوله (عليه السلام) « وزن كذا ، الظاهر أنه مفعول
« يعطيه » ويكون المعنى أنه يعطيه من الزعفران وزن كذا وكذا درهماً ،
ويحتمل أن يكون « وكذا » الثانية معطوفاً على الوزن ، لا على كذا ، ويكون
المعنى ويعطيه وزن كذا من الزعفران ، ويعطيه كذا درهماً ، فيكون الدراهم
ضميمة الى الزعفران ، وعلى هذا المعنى الثاني مبنى الاستدلال بالخبر المذكور .
وأنت خير بأن الظاهر انما هو المعنى الاول فانه هو المتبادر من هذه
العبارة حيثما تذكر .

قال في المسالك : وعلى القول بالجواز يكون قراره مشروطاً بالسلامة
كاستثناء أوطال معلومة من الثمرة في البيع ، ولولف البعض سقط منه بحسابه
لانه كالشريك ، وان كانت حصته معينة ، مع احتمال أن لا يسقط منه شيء بتلف
البعض متى بقي قدر نصيبه ، عملاً باطلاق الشرط ، انتهى .

الحاق :

قد اختلف الاصحاب في اجارة الارض للزراعة بالحنطة والشعير ، اذا
كان الزرع حنطة أو شعيراً ، وأن يوآجرها بأكثر مما استأجرها ، وحق هذه
المسئلة انما هو كتاب الاجارة ، الا أن الاصحاب حيث ذكروها في هذا المقام
جرينا على حذفهم .

وكيف كان فمحل الخلاف والبحث هنا في مواضع ثلاثة :

الاول - هل يجوز أن يستأجر الارض بالحنطة ، ويزرعها حنطة أم لا ؟

المشهور الاول على كراهة ، وقال ابن البراج : لا يجوز على كيل معين من جنس
ما زرع الارض ، مثل أن يستأجر بحنطة ويزرع فيها حنطة ، احتج الاصحاب
بالاصل ، وعموم الادلة الواردة في الاجارة بنقد كان أو عرض وافق ما زرع فيها
أم لم يوافق .

احتج ابن البراج بصحيفة الحلبي (١) عن أمي عبدالله (عليه السلام) قال :
لاستأجر الارض بالحنطة ، ثم تزرعها حنطة .
أجاب الاصحاب عنها بالحمل على ما اذا اشترط ذلك من حاصل تلك الارض
أما لو أطلق أو اشترط من غيره فلا بأس ، واستندوا في ذلك الى رواية الفضيل
بن يسار (٢) قال سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اجارة الارض بالطعام قال :
ان كان من طعامها فلاخير فيه ، وفي رواية أبي بردة (٣) قال : سألت ابا عبدالله
(عليه السلام) عن اجارة الارض المحدودة بالدراهم المعلومه ؟ قال : لا بأس ، قال :
وسألته عن اجارتها بالطعام ؟ فقال : ان كان من طعامها ، فلاخير فيه ، وظاهر
شيخنا الشهيد الثاني في المسالك المناقشة في ذلك ، والميل الى ما ذكره ابن البراج
هنا ، قال بعد ايراد صحيفة الحلبي حجة لابن البراج ، والنهي حقيقة في التحريم ،
وأجيب بحمله على اشتراطه مما يخرج منها ، لدلالة رواية الفضيل عليه ، وبحمل
النهي على الكراهة ، وفيه نظر لان النهي مطلق ، ولا منافات بينه وبين تحريم
شرطه من طعامها ، حتى يجمع بينهما بحمله عليه ، والتحقق أن المطلق والمقيد
متى كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما ، بل يحمل المطلق في اطلاقه ، بخلاف
المشتبين ، وبملاحظته يتخرج فساد كثير مما قرره في هذا الباب ، وقد مضى مثله
في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل
والموزون كذلك ، حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد ، وليس
بشيء الى أن قال : وقول ابن البراج بالمنع لا يخلو من قوة ، نظراً الى الرواية
الصحيحة ، الا أن المشهور خلاف قوله ، انتهى .

أقول : لا ريب أن مفهوم روايتي الفضيل وأبي بردة أنه اذا كان اجارة الارض

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٩ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٠٩ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ١٠ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٦٣ وهما في الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٩٥ .

بغير طعامها ، ففيه خير ، يعنى جائز وصحيح ، وهو ظاهر فى جواز اجارة الارض بالحنطة ، وان زرعت حنطة اذا لم يشترطه منها ، وهذا المفهوم مفهوم شرط ، وهو حجة عند المحققين ، وعليه دلت الاخبار أيضا كما حققناه فى مقدمات الكتاب من مجلد كتاب الطهارة (١) ومخالفته لظاهر ما دلت عليه صحيحة الحلبي واضحة ، وحينئذ فلا بد من الجمع ، وليس الا ما ذكره الاصحاب أولا أو حمل النهي على الكراهة ، والثانى منهما قد عرفت ما فيه فى غير موضع مما تقدم ، فلم يبق الا الاول .

وبعض الروايتين المذكورتين حسنة الوشا (٢) « قال : سألت الرضا (عليه السلام) عن الرجل اشترى من رجل أرضاً جرباً معلومة بمأة كره على أن يعطيه من الارض ، قال : حرام ، فقلت له : فما تقول جعلنى الله فداك أن اشترى منه الارض بكيل معلوم وحنطة من غيرها ؟ قال : لا بأس ، ، على أنه يمكن حمل حسنة الحلبي التي استند اليها ابن البراج على المزارعة ، حسب ما دلت حسنة المتقدمة فى صدر الكلام فى الشرط المتقدم ، ويكون حاصل المعنى فيهما معاً واحد ، وهو أنه لا يزارع بالحنطة المسماة بينهما ، وانما يزارع بالحنة الشائعة من النصف أو الثلث أو نحوهما ، وان عبّر فى هذه بلفظ الاجارة كما عبّر فى الاولى بلفظ القبالة وباب التجوز أوسع من ذلك .

ومما يعضد ما ذكرناه من حمل الاجارة على المزارعة وأن المراد بها ذلك تجوزاً ما رواه الشيخ فى الصحيح عن أبى المنرا (٣) « قال : سأل يعقوب الاحمر أبا عبد الله (عليه السلام) وأنا حاضر فقال : أصلحك الله انه كان لى أخ فهلك فترك فى حجرى يتيماً ولى أخ يلى ضيعة لنا وهو يبيع العصير ممن يصنعه خمرأ ، ويوآجر الارض بالطعام : وأما ما يصيبنى فقد تنزهت ، فكيف أصنع

(١) ج ١ ص ٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ١١ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٨ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٧ ، ص ٢٣ ح ٢

بنصيب اليتيم فقال : أما اجارة الارض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه الا أن يوآجرها بالربع والثلث والنصف ، وأما بيع العصير مما يجعله خمراً فليس به بأس خذ نصيب اليتيم منه .

فان الاجارة في الخبر لا يصح حملها على المعنى المعهود من هذا اللفظ فانها لا تصح بالحصّة من الحاصل ، وانما تصح بأجرة معلومة ، وبهذا عرفوا المزارعة كما تقدم بأنها معاملة على الارض بحصّة من الحاصل ، قالوا : والمعاملة تشمل الاجارة والمسافات ولكن خرجت الاجارة بقيد الحصّة من الحاصل ، لانها انما تصح بأجره معلومة ، وخرجت المسافات بالارض ، فانها معاملة على الاصول بحصّة من حاصلها ، وحينئذ فلا اشكال في حمل حصة الحلبي على المزارعة ، كما ذكرنا بقرينة الرايتين المذكورتين كما عرفت .

بقى في المقام ما رواه الصدوق (رحمة الله عليه) في العلل عن اسماعيل بن مرار (١) « عن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما السلام) أنهما سئلا ما العلة التي من أجلها لا يجوز أن تواجر الارض بالطعام ، وتواجرها بالذهب والفضة ؟ قال : العلة في ذلك ان الذي يخرج منها حنطة وشعير ، ولا يجوز اجارة حنطة بحنطة ، ولا شعير بشعير . »

وهذا الخبر وان كان ظاهره مما يؤيد ما ذكره ابن البراج لاطلاقه الا أنه يجب تقييده بما عرفت من خبري الفضيل وأبي بردة ، لدلالتهما كما تقدم على الجواز ، بما اذا لم يكن من الارض .

ويؤيد ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : لا تواجر الارض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالاربعاء

(١) العلل ص ٥١٨ باب ٢٩١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٥ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢١٠ ح ٦ .

ولا بالنطاق ولكن بالذهب والفضة ، لان الذهب والفضة مضمون ، وهذا ليس بمضمون .

والتقريب فيهما أن عدم المضمونية في الحنطة والشعير هنا انما يتجه فيما اذا كان مال الاجارة من حاصل تلك الارض ، فانه يجوز أن لا يخرج منها شيء ، بخلاف الذهب والفضة الثابتين في الذمة بمجرد العقد ، والحنطة والشعير الخارجان عن الحاصل في حكم الذهب والفضة في صحة المضمونية أيضا ، فلا وجه لادخالهما فيما لا يكون مضموناً والله العالم ، وبالجمله فالأقرب هو القول المشهور ، لما عرفت والله العالم .

الثاني - هل يجوز أن يستأجر الارض بحنطة منها أم لا ؟ ظاهر المشهور التحريم ، استناداً الى روايتي الفضيل وأبي بردة المتقدمين ، بل لا أعلم قائلاً بخلافه صريحاً .

وقال في الشرايع : ويكره اجارة أرض للزراعة بالحنطة والشعير مما يخرج منها والمنع أشبه ، ووجه القول بالجواز وان كان على كراهة عدم صراحة الرايتين في التحريم ، لان غاية ما يدلان عليه ، انه لا خير فيه ، وهو انما يشعر بالكراهة ، وعلل القول بالمنع أيضا بأن خروج ذلك القدر منها غير معلوم ، وربما لا يخرج منها شيء أو يخرج بغير ذلك الوصف ، ومن ثم لم يجز السلم في حنطة من قراح معين لذلك . وأجيب بأنه على اطلاقه ممنوع ، اذ ربما كانت الارض واسعة لاتحبس بذلك القدر عادة فلا يتم اطلاق المنع .

أقول : الظاهر هو القول المشهور ، أما على القول بالتحريم في المسئلة المتقدمة كما نقل عن ابن البراج فظاهر ، وأما على القول بالجواز ثمة فظاهر الخبرين المذكورين المؤيد بحسنة الوشا المتقدمة الصريحة في التحريم اذا كان من حاصلها وموردها ، وان كان البيع وما عمن فيه انما هو الاجارة ، الا أن الظاهر أن الوجه الجامع الذي أوجب البطلان في الكل من حيث عدم صحة المعاوضة بما كان من الحاصل في بيع كان أو

اجارة لخروج ذلك عن الشروط المعتبرة في ثمن المبيع ومال الاجارة من معلومية حصوله وكميته عدداً او كيلا او وزناً وقد عرفت ان ما كان من الارض غير مضمون، ولا ثابت في النمة ولا هو معلوم الحصول كما عرفت وحينئذ فلا يجوز الاجارة به ولا البيع.

الثالث : لاختلاف بين الأصحاب في جواز اجارة الأرض وغيرها من الأعيان المستأجرة بأقل مما استأجرها به وبالمساوى وان لم يحدث فيها شيئاً، وكذا بأكثر مما استأجرها به اذا كان قد أحدث فيها عملاً .

وانما الخلاف فيما لو استأجرها بالأكثر ولم يحدث فيها شيئاً ، فقيل : بالتحريم ، وقيل : بالجواز على كراهة ، وبالأول قال الشيخان ، وهو ظاهر المرتضى واختيار سلال وابن الجنيدي ، وبه قال الصدوق في المقنع وأبو الصلاح وابن البراج في المهذب ، وهو ظاهر العلامة في الارشاد ، والظاهر أنه المشهور بين المتقدمين . وبالثاني قال : ابن ادریس والعلامة في المختلف والمحقق ، ونقله العلامة في المختلف عن والده واليه ذهب سلال في موضع آخر وابن البراج في الكامل ، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين ومنشأ الخلاف اختلاف الاخبار في المسئلة المذكورة ، ولا بأس بنقلها أولاً ثم الكلام فيها بما وفق الله عز وجل لفهمه منها .

فمنها ما رواه المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) عن أبي الربيع الشامي (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : سألته عن الرجل يتقبل الارض من الدهاقين فيؤاجرها بأكثر مما يتقبلها ، ويقوم فيها بحفظ السلطان ؟ قال : لا بأس به ، أن الارض ليست مثل الاجير ، ولا مثل البيت ان فضل الاجير والبيت حرام .

ومنها ما رواه في التهذيب والكافي في الصحيح أو الحسن عن أبي المغيرة (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يستأجر الارض ثم يؤاجرها بأكثر

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧١ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤٠ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ح ١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٩ ح ٢ و ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤١ و ص ٢٠٢ ح ٣٩ ، الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٠ ح ٤ و ٥ .

ج ٢١ في اجارة الأرض بأكثر مما استأجرت مع عدم احداث شيء ٢٩٣

مما استأجرها ، قال : لا بأس ان هذا ليس كالحانوت ، ولا كالاجير ، فان فضل الحانوت والاجير حرام .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن ابراهيم بن ميمون (١) « ان ابراهيم بن المثنى سأل أبا عبدالله (عليه السلام) وهو يسمع عن الارض يستأجرها الرجل ثم يؤجرها بأكثر من ذلك ، قال : ليس به بأس ان الارض ليست بمنزلة البيت والاجير ، ان فضل البيت حرام وان فضل الاجير حرام .

وهذه الروايات الثلاثة هي حجة المتأخرين على القول بالجواز ، الا أن ذلك انما هو في الارض خاصة ، لانها صريحة في التحريم بالنسبة الى الاجير ، والبيت ، والحانوت ، والمدعى أعم من ذلك كما عرفت في فرض المسئلة ، فلا تكون واقية بتمام المطلوب .

وينبغي أن يعلم أن تحريم الفضل بالنسبة الى هذه الثلاثة ليس على الاطلاق بل مخصوص بما اذا لم يعمل في ذلك عملاً قبل أن يؤجره ، لما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي (٢) في الصحيح أو الحسن « عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم ، فسكن «ثلثيها» وآجر ثلثها بعشرة لم تكن به بأس ، ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به الا أن يحدث فيها شيئاً . ورواه في الفقيه عن ابي الربيع (٣) « قال : سئل أبو عبدالله (عليه السلام) لو أن رجلاً ، الحديث .

وعن الحلبي (٤) أيضاً في الصحيح أو الحسن « عن أبي عبدالله (عليه السلام)

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤١ و ص ٢٠٢ ج ٣٩ ، الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٣ و ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٠ ح ٤ و ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ١ ولكن بدل « ثلثيها و ثلثها » « بيتا منها » ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ذيل حديث ١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٩ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٤ .

فى الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها قال : لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئاً .

أقول : وعلى هذا فيكون الفرق فى الروايات الثلاثة المتقدمة بين الأرض و الثلاثة المعدودة فيها هو أنه يجوز اجارة الأرض بالأكثر ، أحدث فيها شيئاً أم لم يحدث ، وفى الثلاثة المذكورة لا تجوز الامع أحداث شئ فيها .

وبه يظهر ما فى الجمع بين هذه الاخبار وبين ما سيأتى مما يدل على التحريم مع أحداث شئ فيها ، بتقييد اطلاق هذه الاخبار بتلك من الاشكال ومنها ما رواه فى الكافى والتهذيب عن اسماعيل بن الفضل الهاشمى (١) عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال : سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماء أو بطعام مسمى ، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر وله فى الأرض بعد ذلك فضل ، أ يصلح له ذلك ؟ قال : نعم اذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك ، فله ذلك قال : وسألته عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماء أو بطعام معلوم ، فيؤجرها قطعة قطعة أو جريباً جريباً بشئ معلوم ، فيكون له فضل فيما استأجره من السلطان ، ولا ينفق شيئاً أو يؤجر تلك الأرض قطعاً قطعاً على أن يعطيهم البذر والنقعة ، فيكون له فى ذلك فضل على اجارته ، وله تربة الأرض أو ليست له ؟ فقال : اذا استأجرت أرضاً فانفقت فيها شيئاً أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت .

ورواه فى الفقيه مرسل (٢) قال سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج الحديث .

(١) الكافى ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٣ ح ٤٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٤٠٣ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٧ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦١ ح ٤٠٣ .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن الخليلي (١) « قال : قلت لابي عبد الله (عليه السلام) : أتقبل الارض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف ؟ قال : لا بأس ، قلت : فأقبلها بألف درهم فأقبلها بألفين ؟ قال : لا يجوز ، قلت : كيف جاز الاول ولم يجز الثاني ، قال : لان هذا مضمون وذاك غير مضمون . »

قال الفاضل المحدث الامين الاسترآبادي قوله « لان هذا مضمون » الى آخره أقول : يعنى في الصورة الاولى لم يضمن شيئاً ، بل قال : ان حصل شيء يكون ثلثه أو نصفه لك ، وفي الثانية ضمن شيئاً معيناً ، فعليه أن يعطيه ولو لم يحصل شيء ، انتهى.

وهو جيد فان الغرض بيان علّة الفرق واقعاً وان لم يعلم سبب عليتها ، ولا يخفى على هذا أن ذكر الدراهم انما خرج مخرج التمثيل ، ويكون الغرض الفرق بين المزارعة والاجارة فان المزارعة لاتصح الا بالحصّة الشايعة من نصف أو ثلث أو نحوهما ، بخلاف الاجارة ، فانها لا تصح كذلك ، بل لابد من كون مال الاجارة دنائير أو دراهم ، أو عرضاً مضمونة أو منقودة .

وقال الفاضل المشهور بخليفة سلطان في حواشيه على الفقيه : المراد أن ما أحدث شيئاً زائداً مما دفعت من الذهب والفضة فهو مضمون وأنت ضامن له يجب دفعه الى صاحبه ، فهو نقل للحكم ، لا بيان للحكمة ، ولا يخفى بعده ، وهذه الاخبار ونحوها - مما سيأتى ان شاء الله تعالى - ظاهرة في عدم الجواز مطلقاً الا مع القيود المذكورة فيها .

ولهذا ان الشيخ في الاستبصار بعد أن نقل الاخبار الثلاثة الاول قال : قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار مطلق في جواز اجارة الارض بأكثر مما استأجرها ، وينبغي أن يقيدوا بأحد أشياء ، اما أن نقول يجوز له اجارتها اذا كان

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٤ ح ٤٣ ، الوسائل ج ١٣

استأجرها بدراهم ودنانير معلومة أن يواجرها بالنصف أو الثلث أو الربع ، وان علم بأن ذلك أكثر يدل على ذلك مارواه محمد بن يحيى ، ثم ساق رواية الهاشمي المتقدمة الى آخر السؤال الاول خاصة ، وهو قوله فله ذلك ، ثم قال : والثاني أنه يجوز مثلاً اذا استأجرها بالثلث والربع أن يواجرها بالنصف ، لان الفضل انما يحرم اذا كان استأجرها بدراهم ، وآجرها بأكثر منها ، وأما على هذا الوجه فلا بأس ، يدل على ذلك مارواه أحمد بن محمد ، ثم ساق رواية الحلبي المتقدمة التي بعد رواية الهاشمي ، ثم أردفها بما رواه عن اسحاق بن عمار (١) في الموثق عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : اذا قبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا قبلها بأكثر مما قبلتها به ، وان قبلتها بالنصف أو الثلث فلك أن قبلها بأكثر مما قبلتها به ، لان الذهب والفضة مضمونان ، ومنها أنه اذا جاز ذلك اذا أحدث فيها حدثاً ، وأما قبل ذلك فلا ينبغي ذلك وهو الاحوط ، يدل على ذلك ما رواه محمد بن يحيى ، ثم ساق تمة رواية الهاشمي من قوله : « وسألته عن رجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسماء ، الى آخرها ثم قال : ومنها أنه يجوز له أن يواجرها بعضاً منها بأكثر من مال اجارة الارض ويتصرف هو في الباقي من ذلك بجزء من ذلك وان قل .

يدل على ذلك مارواه في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) قال : سألت عن الرجل يستكرى الارض بمائة دينار فيكرى نصفها بخمسة وتسعين ديناراً ويعمر هو بقيتها قال : لا بأس ، انتهى .

وتقل في التذكرة عن الشيخ أنه قال : لا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره ، الا أن يؤجره بغير جنس الاجرة ، أو يحدث ما يقابل التفاوت ، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي بزيادة عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٢ ح ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٥ ح ٤٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٢ ح ١ .

الاجرة والجنس واحد ، ويجوز بأكثرها لرواية الحلبي (١) عن الصادق (عليه السلام) « استأجر داراً بعشرة دراهم » الحديث كما قدعناه ، والظاهر أنه من أجل هذا النقل خص بعض مشايخنا المتأخرين خلاف الشيخ بهذه الثلاثة ، والذي يظهر من العلامة في المختلف أنه أعم ، حيث قال : قال الشيخان : إذا استأجر شيئاً لم يجز أن يؤجره بأكثر مما استأجره به إلا أن يحدث فيه حدثاً من مصلحة ونفع إذا اتفق الجنس الى آخره ..

وكيف كان فالذي يظهر من تتبع الاخبار هو العموم ، وانما الاشكال في كون ذلك على جهة التحريم أو الكراهة ، أما العموم فقد عرفت من الروايات الثلاث المتقدمة أولاً الدلالة على البيت والاجير والحانوت ، ومنها الدار كما تقدم في صحيحة الحلبي أو حسنته ، ومنها الارض كما تقدم في رواية الهاشمي ورواية الحلبي التي بعدها وموثقة اسحاق بن عمار المذكورة في كلام الشيخ . ومنها الرحا لما رواه المشايخ الثلاثة عن أبي بصير (٢) « قال : قال : أبو عبد الله (عليه السلام) : اني لا كره أن استأجر رحاً وحدها ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرتها به ، إلا أن يحدث فيها حدثاً أو يغرم فيها غرامة » .

ومنها السفينة مع بعض ما تقدم لما رواه الشيخ في التهذيب عن اسحاق بن عمار (٣) عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) ان أباه كان يقول : لا بأس بأن يستأجر الرجل الدار أو الارض أو السفينة ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئاً » .

ومنها العمل لما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم (٤) في الصحيح عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٤ ح ٤٦ ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ ح ٤ وفيه عن سليمان

بن خالد ، الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٥ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٣ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٣ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ١ .

أحدهما (عليهما السلام) أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيرجع فيه، قال: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً .
ومارواه في التهذيب (١) عن أبي حمزة في الصحيح عن أبي جعفر (عليه السلام) الحديث المتقدم إلى قوله . لا ، ، ولم يذكر الاستثناء .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن حكم الخياط (٢) قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : اني أتقبل الثوب بدرهم وأسلمه « بأقل » من ذلك لأزيد على أن أشقه قال : لا بأس بذلك ، ثم قال : لا بأس فيما تقبلته من عمل استفضلت فيه .
وما رواه في الفقيه والتهذيب عن مجمع (٣) قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : أتقبل الثياب أخطها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال : أليس تعمل فيها ؟ قلت : أقطعها وأشتري لها الخيوط قال : لا بأس .

ومارواه في الكتابين المذكورين عن علي الصايغ (٤) قال : قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : أتقبل العمل ثم أقبله من الغلمان يعملون معي بالثلثين ؟ فقال لا يصلح ذلك إلا أن تعالج معهم فيه ، قلت : فاني أذيبه لهم ، وقال : فقال : ذلك عمل فلا بأس .

وما رواه في التهذيب عن محمد بن مسلم (٥) عن أحدهما (عليهما السلام) قال : سألت عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخطه ويستفضل ؟ قال : لا بأس قد عمل فيه .

هذه جملة ما وقفت عليه من أخبار المسئلة ، وهذه الأخبار كلها متفقة

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٧ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٦٥ ح ٢ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٨ و ٩ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٩ ح ١٠ و ٩

وفيه « أدبته » ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٧ و ٦

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٦ ح ٥ .

الدلالة واضحة المقالة على النهى عن الاجارة بأكثر مما يستأجره في كل شيء إلا أن يعمل فيه شيئاً ، وإذا ضمنت بعضها الى بعض ظهر لك العموم في الحكم فان ذكر هذه الاشياء المخصوصة في الاخبار انما هو من قبيل التمثيل . بمعنى أن كل فرد فرد من هذه الافراد المذكورة ، سئل عن حكمه في الاجارة بأكثر مما استوَجِر عليه أجيب فيه بذلك ، والعموم كما يحصل بالاداة الموضوعة له ، كذا بتتبع الافراد والجزئيات على نحو القواعد النحوية المبتنية على تبسّع أقوال العرب ، وظاهرها الاكتفاء بعملها ، وإن قل ، فلا يشترط فيه المقاومة لما يأخذه زائداً ، ونظيره ما تقدم في الضمايم .

وأما وجه الاشكال فمن حيث دلالة الاخبار الثلاثة المتقدمة في صدر البحث على الجواز في الارض ، وما ذكره المتأخرون في الجمع بينها وبين هذه الاخبار من حمل هذه الاخبار على الكراهة ، قد عرفت ما فيه مما قدمناه في غير مقام من البحث معهم في هذه القاعدة التي بنوا عليها في جميع أبواب الفقه من الجمع بين الاخبار بحمل الامر على الاستحباب ، والنهى على الكراهة .

على أن بعض هذه الاخبار المذكورة قد اشتمل على ما هو صريح في التحريم ، مثل قوله (عليه السلام) في رواية الحلبي فيمن تقبل الارض بألف وقبلها بألفين « لا يجوز » ، وقوله (عليه السلام) في الروايات الثلاثة المتقدمة في صدر البحث وفيها « ان فضل الاجير والبيت والحافوت حرام » :

وبذلك يظهر ضعف ما استند اليه بعض محققى متأخرى المتأخرين في تأييد الكراهة بقوله (عليه السلام) في رواية أبي بصير الواردة في الرحي « لا كره أن استأجرها » فان فيه ان استعمال الكراهة في الاخبار بمعنى التحريم أكثر كثير ، واستعمالها في هذا المعنى العرفي انما هو اصطلاح متأخر .

وبالجملة فان المتأمل في ما ذكرناه سيما مع تصريح الاخبار بالتحريم لا يخفى عليه ضعف الحمل المذكور .

وأما الجمع بتقييد اطلاق الاخبار الثلاثة - بما دلت عليه هذه الاخبار من عمل شيء قبل الاجارة كما ذهب اليه الشيخ وجمع من الاصحاب فمعنى نفى البأس عن اجارة الارض بأكثر مما استأجرها التقييد بما اذا عمل فيها شيئاً .

ففيه ما أشرنا اليه آنفاً من أن التحريم في البيت والاجير والحائوت انما هو مع عدم احداث عمل ، وأما مع احداث العمل فالفضل ليس بحرام ، بل هو جائز ، وإى فرق على هذا بين الارض وهذه الثلاثة ، حتى أنه يقول : في تلك الاخبار ان الارض ليست كالاجير والبيت ، والعجب من أصحابنا حيث لم يمتنبه منهم أحد لذلك ، والا جماع قائم منهم على أنه مع احداث عمل فانه يجوز .

وبالجملة فانه متى قيد التحريم في الثلاثة المذكورة بعدم احداث شيء كما أوضحناه سابقاً ، وقيد الجواز في الارض بما اذا أحدث فيها شيئاً كما ذكرناه رجع الجميع الى أمر واحد ، ولم يبق فرق مع أن ظاهر الاخبار المذكورة أنها ليست سواء ، وهذا انما يتجه على تقدير جواز اجارة الارض مع الفضل وان لم يحدث فيها شيئاً ، وهو بحمد الله سبحانه ظاهر لاسترة عليه ، وان لم يمتنبه أحد من الاصحاب اليه .

وأما باقى محامل الشيخ التى تكلفها فى كتاب الاستبصار كما قدمنا نقله عنه فانها لا تخلو من اشكال ، وان لم أقف على من تنبه له من علمائنا الابدال .

أما الاول وهو أن يستأجرها بدراهم ودنانير ويجوز له مواجرتها بالنصف والثلث والرابع وان علم أن ذلك أكثر ، فهو وان دل عليه الخبر الذى ذكره الا أنه لا يخلو من الاشكال ، لدلالته على جواز الاجارة بالحصه من نصف أو ثلث ونحوهما ، وهو مما لا قائل به ، وقد تقدم فى الفائدة الخامسة من القواعد المتقدمة التنبيه على ذلك ، على أن الخبر المذكور قد دل مع ذلك على التقييد بما اذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم ، وبذلك ترجع الرواية الى غيرها من الروايات الدالة على التقييد بعمل شيء ، وترجع الى ما ذكرناه من التأويل المتقدم ،

وبه يظهر أن هذا الحمل ليس بشيء ، لرجوعه من حيث التقييد الى الحمل الاخر .
وأما الحمل الثاني وهو أن يستأجرها بالثلث والرابع ويؤجرها بالنصف ،
فهو أيضاً وإن دل عليه الخبران المذكوران ، إلا أن ما ذكرنا من الاشكال المتقدم
جار فيهما ، فإن الاجارة لاتصح بالحصة كما عرفت ، وإن حمل الخبران على
المزارعة فانهما هي التي يصح فيها ذلك ، خرجا عن موضع البحث ، فلا يصح الاستدلال
بهما كما لا يخفى .

وأما الحمل الثالث - فقد عرفت الكلام فيه ، وأما الحمل الرابع فيه انه
لا يظهر بهذا فرق بين الارض وبين تلك الثلاثة المعدودة في تلك الاخبار ، فإن
كلامهما متى عمل به كذلك صح ، أرضاً كان أو بيتاً أو غيرهما ، وأنت قد عرفت
دلالة الاخبار الثلاثة على أنه ليست الارض مثل تلك الثلاثة في حد الزايد ،
وجواز المؤاجرة به ، بمعنى أنه يحل في الارض دون تلك الثلاثة .

وما ذكره في هذا الحمل مشترك في الجميع ، فأى معنى في الجمع به بين
تلك الاخبار ، وبما أوضحناه من بطلان هذه المحامل من كل من الطرفين تبقى
المسئلة في قالب الاشكال ، فإن الروايات الثلاثة المتقدمة ظاهرة في جواز
الزيادة في مؤاجرة الارض وإن لم يحدث شيئاً ، وما عداها من الاخبار الكثيرة
ظاهر في المنع ، وبعضها كما عرفت صريح في التحريم ، ولا يحضرني الآن مذهب
العامة في هذه المسئلة ، فلعل أخبار أحد الطرفين انما خرج مخرج التقية والله العالم .

الثاني من الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها تعيين المدة ، وهو المشهور في
كلام الاصحاب ، وفيه وجه بالعدم ، قال المحقق في الشرايع : ولو اقتصر على
تعيين المزروع من غير ذكر المدة فوجهان : أحدهما يصح ، لأن لكل زرع
أمداً فينبى على العادة كالقراض ، والاخر يبطل كالاجارة وهو أشبه .

قال في المسالك : الاقوى اشتراط تعيين المدة على الوجه السابق ، لأن
مقتضى العقد اللازم ضبط أجله ، والفرق بينها وبين القراض واضح ، لانه عقد

جائز لأفائدة في ضبط أجل له لو شرط ، لجواز الرجوع قبله ، بخلاف المزارعة فكان الحاقها بالاجارة أشبه .

أقول : لم أظفر في الاخبار بما يدل صريحاً على اشتراط المدة في هذه المعاملة ، واليه يشير هنا الاستناد في الاشتراط الى الالحاق بالاجارة ، وفي العدم الى الالحاق بالقرض ، ولو كان هناك دليل من الاخبار لم يحتج الى الالحاق بالاجارة ، ومجرد كونه عقداً لازماً كما ذكره في المسألك مع تسليمه لا يستلزم المدة ، لما علم من أن الفرض المترتب عليه حصول الحصة المشتركة ، فينأط حينئذ بالامد المتعارف لذلك الزرع ، وحصول الحصة المشتركة ، وأي مانع من ذلك فاشتراط ما زاد على ذلك يحتاج الى دليل واضح .

وربما استدل على اعتبار الاجل فيها بما رواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب (١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) في حديثه قال : وسألته عن الرجل يعطي الرجل الارض فيقول : اعمرها وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله ؟ قال لا بأس .

ورواه الصدوق والشيخ نحوه وعن الحلبي (٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : لا بأس بقبالة الارض من أهلها عشرين سنة ، وأقل من ذلك أو أكثر ، فيعمرها ويؤدى ما خرج عليها ، ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة ، فانه لا يحل .

وبهذا الاسناد (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : ان القبالة أن يأتي

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، القتيبي ج ٣ ص ١٥٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٩٩ ح ٢٥ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٩ ح ٣ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢١٩ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ٢٠ ، الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ ح ٢ .

الارض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك ، أو أكثر فيعمرها ويؤدى ماخرج عليها فلا بأس به .

وما رواه الشيخ عن الحلبي (١) في الصحيح عن أبي عبدالله (عليه السلام) « أنه قال : في القبالة أن يأتي الرجل الارض الخربة فيقبلها من أهلها عشرين سنة ، فان كانت عامرة فيها علوج فلايجل له قبالتها ، الا أن يتقبل أرضها فيستأجرها من أهلها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة فانه لايجل . »

وعن أبي الربيع الشامي (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأى وجوه القبالة أحل ؟ قال : يتقبل الارض من أربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدى الخراج ، قال : فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الارض ، فان ذلك لايجل . »

وأنت خير بما فيه ، فان غاية ما يدل عليه ما عدا الخبر الاخير هو أن مالك الارض يعطي أرضه شخصاً آخر ليعمرها ، وبأكل حاصلها ويؤدى خراجها كما هو صريح الخبر الاول ، وان عبر عن ذلك في غيره بلفظ القبالة ، ولهذا قال المحدث الامين الاستربادي في حاشية له على صحيحة الحلبي الثانية : وقوله فيها « ان القبالة أن يأتي الارض ، الى آخره كأنه اشارة الى قبالة متعارفة في بلد الراوى أو بلده وليس المقصود حصر القبالة في ذلك انتهى . »

وقال شيخنا المجلسي في حواشيه على صحيحة الحلبي الاولى : كأنه استأجره لاعمال معلومة ، من تنقية القنوات وكري الانهار ، والعمل في الارض وغيرها ، وجعل وجه الاجارة منفعة الارض أو أجرة مثلها ، ولما كان بعقد القبالة لا تضر الجهالة ، ويمكن حمله على الجعالة .

وقال والده في حاشية له على صحيحة يعقوب بن شعيب : يمكن حمله على الجعالة في العمل بحاصل الملك ، فلا تضر الجهالة أو على أن يؤجره الارض

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠١ ح ٣٣ و ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٣

بشيء ثم يستأجره للعمل بذلك الشيء والاول أظهر انتهى .
وأنت خير بأنه حيث كان ظاهر الاخبار المذكورة ما قدمناه من اعطاء
الارض تلك المدة ليعمرها ، وبأكل حاصلها وهذا بحسب ظاهره غير منطبق على
شيء من المعاملات الموجبة لحل كل حاصل الارض المذكورة ، فتارة حملوه على
الجمالة من حيث عدم صحة حمله على الاجارة ، لجهالة الاجرة وعدم معلوميتها ،
ومنهم من جعلها معاملة متعارفة كانت في ذلك الزمان ونحو ذلك من هذه
التكلفات التي ذكروها ، وكيف كان فهي من الدلالة على ما ادعاه هذا القائل
بمعزل .

وأما الاخير من الاخبار المذكورة فانه ظاهر في الاجارة فلا اشكال فيه ،
وبالجملة فاني لأعرف لهم دليلاً في هذه المسئلة على اشتراط الاجل في المزارعة ،
ولاموجباً لفسادها بدونه ، الا مجرد ظاهر اتفاقهم على الحكم المذكور ، وما علل
به في المسالك قد عرفت مافيه ، على أن في دعوى كونها عقداً على الوجه الذي
تقدم نقله عنه في صدر الكتاب مناقشة ظاهرة قد تقدمت الاشارة اليها .

وغاية ما يفهم من الاخبار وقوع التراضي من الطرفين على المزارعة
بالتنصف أو الثلث أو نحوهما على حسب ما يتفقان عليه من البذر والعوامل والخراج
عليهما معاً ، أو على أحدهما ، أو بالتفريق ، والارض من أيهما كان .

فمن الاخبار في هذا المقام رواية ابراهيم الكرخي (١) قال : قلت لابي
عبدالله (عليه السلام) : أشارك العليج ، فيكون من عندى الارض والبذر والبقر ،
ويكون على العليج القيام والسقى والعمل في الزرع حتى يصير حنطة وشعيراً
ويكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ، ويبقى مابقى على أن للعليج منه الثلث ،
ولي الباقي ، قال : لا بأس بذلك ، قلت : فلي عليه أن يرد على مما أخرجت الارض البذر
ويقسم الباقي قال : انما اشار كنه على ان البذر من عندك ، وعليه السقى والقيام .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ١ .

ج ٢١ في اعتبار امتداد المدة المذكورة الى ادراك الزراعة وعدمه ٣٠٥

وعن يعقوب بن شعيب (١) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : سألته عن الرجل يكون له الأرض ، الخبر .

وقد تقدم في الفايذة الثالثة من الفوايد المذكورة في صدر الكتاب وعن يعقوب بن شعيب (٢) في خبر قال : وسألته عن المزارعة ؟ قال : النفقة منك والأرض لصاحبها ، فما أخرج الله تعالى منها قسم على الشرط ، وكذلك أعطى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أهل خيبر حين أتوه ، فأعطاهم إياها على أن يعمروها ، ولهم النصف .

وعن سماعة (٣) في الموقوف قال سألته عن مزارعة المسلم المشترك فيكون من عند المسلم البذر والبقر ، وتكون الأرض والماء والخراج والعمل على العليج ؟ قال : لا بأس ، الى غير ذلك من الاخبار التي من هذا القبيل ، وليست المزارعة فيها الا عبارة عن تراخيها على هذه الوجوه بأى نحو اتفق ، ولا عقد كما يدعونه ولا صيغة خاصة بالكلية ، وليس في شيء منها على كثرتها اشارة الى أجل ولا مدة ، بل المناط فيها ادراك الحاصل كما يشير اليه قوله في رواية الكرخي (٤) « حتى يصير حنطة و شعيراً » بقى الكلام في أنه لو ذكرت المدة في العقد مع كونها كما عرفت لا دليل عليها ، فهل يترتب عليها أثر أم تكون لغواً من القول ؟ ووجوده كعدمه ، الظاهر الثاني والله العالم .

وتمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور :

الاول - هل يعتبر في المدة المذكورة امتدادها الى ادراك الزراعة علماً أو ظناً غالباً ، فلو اقتصر على مادون ذلك بطل العقد أم لا ؟ ظاهر اطلاق جملة من عبارات الاصحاب الثاني ، ومنهم المحقق في الشرايع ، والعلامة في الارشاد و صريح جملة منهم الاول ، واستشكل في القواعد .

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ و ٤ الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ و ص ٢٠٤ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ١ .

قال في المسالك بعد نقل عبارة المصنف المشار إليها : مقتضى إطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافية بادراك الزرع فيها وقاصرة ومحتملة وهو أحد الوجهين في المسئلة ، والا قوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علماً أو ظناً غالباً ، فلو اقتصر على ما دون ذلك بطل العقد ، لان الغرض في المزارعة هو الحصة من النماء ، فاذا لم يتحقق في المدة غالباً بقى العقد بلا عوض ، وانه خلاف وضع المزارعة ، والاعتذار بإمكان التراضي بعد ذلك على بقائه لا ينفع لان التراضي غير لازم ، فلا يعلق عليه شرط لازم ، انتهى .

أقول : وقد عرفت أنه لا دليل على اشتراط المدة في المزارعة ، وانما الظاهر من الاخبار التي قدمناها ونحوها هو انفاطة ذلك بادراك الحاصل ، بمعنى أن يتراضيا على المعاملة المذكورة بالشروط المقررة بينهما ، والعمل فيها حتى يدرك الحاصل ويقسماه ، فان الغرض من المزارعة انما هو تحصيل الحاصل منها لكل من المالك والمزارع ، فيأخذ المزارع حصته ويأخذ المالك حصته الباقي ، وحينئذ فلو فرضنا قيام دليل على اشتراط الاجل فيها ، فانه لا معنى لجعله أقل من وقت ادراك الحاصل ، فالقول به أو الاستشكال من أجله لأعرف له وجهاً بالكيفية .

الثاني - انهم قالوا : بناء على ما قدمنا نقله عنهم من اشتراط المدة في العقد المذكور لو مضت المدة والزرع باق بأن ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل ، فهل لمالك الارض ازالته أو ليس له ذلك ، أو له الازالة مع ضمان الارش أقوال ثلاثة ، قالوا : وجه الاول انقضاء المدة التي يستحق عليه فيها التبقية ، والاصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء ، ولان الزارع بعد المدة لا حق له ، فيكون ابقاؤه بدون اذن المالك ظلماً .

وجه الثاني أنه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعها : ولان للزرع أمداً معيناً غير دائم الثبات ، فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه .

ووجه الثالث الجمع بين الحقيين ، واورد عليه بأنه يشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع .

وبالاول صرح المحقق في الشرايع ، واختاره في المسالك ، قال : وما اختاره المصنف أقوى ، لزوال حق الزارع بانقضاء المدة ، فلا ارث له ولا استحقاق وهو جيد لو ثبت دليل على اعتبار المدة .

ويا لله والعجب أنه اذا كان الغرض من المزارعة انما هو الحاصل من الزرع والاتفاغ به ، فلو فرضنا أن مالك الارض هو صاحب القسط الاعظم من الحاصل وصاحب الحصة انما هو العليج مثلاً وانقضت المدة قبل الادراك كما فرضوه فكيف يقدم المالك على ضرر نفسه بقلع الزرع ، ويتصور النزاع بينه وبين العليج في ذلك ، ويترتب عليه هذا الخلاف ، واين هذا من ذلك الغرض الباعث على المزارعة وخسران ما صرفوه من بذر وعوامل وعمل ونحو ذلك ، وهل يتصور في عقل عاقل التقدم على مثل ذلك والحال كما عرفت .

وكيف كان فان البناء على هذه التعليقات التي ذكرها لكل من هذه الاقوال بمحل من الاشكال ، لما عرفت في غير مقام مما تقدم ، والمسئلة غير خالية من الاشكال والالتباس ، خصوصاً لما عرفت من عدم البناء فيها على أساس .

نعم لو جعل هذا الخلاف بعد ادراك الفلة لكان أقرب الى الصواب وعلى تقديره فالظاهر هو القول الاول من الاقوال المتقدمة ، قيل : وعلى تقدير القول الاول فينبغي أولاً تكليف المزارع بالازالة ، والا فرفع الامر الى الحاكم ثم بعد تعذره مباشرة المالك بنفسه .

واختار في القواعد أن للمالك الازالة مع الارش ، أو التبقية بأجرة للمالك ، وحينئذ يصير هذا قولاً رابعاً في المسئلة وأورد عليه بأنه يلزم منه ايجاب عوض في ذمة المزارع بدون رضاه ، وذلك غير معقول .

ثم انه على تقدير جواز القلع بأرش أو لابه ، فالمفلوع مشترك بينهما بناء

على أن الزارع يملك الحصة. وإن لم ينقذ الحب ، خلافاً لـ ابن زهرة .
ثم انه على تقدير ثبوت الارش بقلعه قال في المسالك : طريق تحصيله أن
يقوم الزرع قائماً بالاجرة الى أن حصاده ومقلوعاً ، ثم انه على تقدير القول
الاول لو اتفقا معا على التبقية ، جاز بعوض كان أم لا ، إلا أنه متى كان بعوض
افترق في لزومه الى تعيين مدة زائدة .

وعلى تقدير القول الثاني وهو القول بوجوب ابقاءه فهل تجب الاجرة أم لا ؟
قولان : أولهما للعلامة في التذكرة ، وثانيهما له أيضاً في القواعد ، قالوا : وعلى
تقدير اتفاقهما على البقاء بأجرة تكون اجارة الارض حقيقة ، لانقضاء مدة المزارعة ،
فلا بد من ضبط المدة كلاجارة ، فان جاز الاطلاق في المزارعة فلو لم يضبطها
أو اتفقا على ابقاءه بالاجرة ، وأطلقا وجب أجرة المثل .

الثالث - قالوا : اذا عقد المزارعة الى مدة معينة فشرط في متن العقد تأخير
الزرع الى أن يدرك أو الى مدة أخرى أن بقي الزرع بعد المدة المشترطة غير
مدرك بطل العقد ، لانه يعود الى الجهالة في المدة ، لان المدة في الحقيقة
تصير هي المجموع مما وقع عليه الشرط ، ومما عين أولاً في متن العقد ، والذي
عين في متن العقد ، وان كان مدة مضبوطة إلا أن المذكورة في الشرط مجهولة
وشرطها في متن العقد من جملة العوض ، فاذا تضمن جهالة بطل العقد ، كما لو
كان جميع المدة مجهولاً .

ويحتمل على هذا القول صحة الشرط المذكور ، وان تضمن الجهالة ، لان المدة
المذكورة في العقد مضبوطة ، وما تضمنه الشرط انما هو من قبيل التابع ، ذكر
احتياطاً ، لاحتمال الحاجة ، وجهالة التابع غير مضر ، كما تقدم نظيره في الضمان
الا أن المشهور بينهم هناك هو البطلان متى كان المقصود بالبيع الجميع ، وانما يصح
عندهم فيما اذا كان المقصود المعلوم ، وجعل المجهول تابعاً وقد بينا ضعفه ثمة
ومن هنا رجح في المسالك القول الاول بناء على ما اختاره هناك من القول المشهور .

الرابع - من فروع اعتبار المدة في هذا العقد ما لو ترك العامل المزارعة حتى انقضت المدة ، فانه تلزمه أجرة المثل ، كما لو استأجرها مدة معلومة ، فانه تلزمه الاجرة ، لان منفعتها قد صارت مستحقة له ، حيث لا يتمكن المالك من استيفائها ، وقد فوتها عليه فتلزمه الاجرة لذلك .

والاكثر على أنه لا فرق في لزوم أجرة المثل للمزارع بين تركه العمل والانتفاع بالارض اختياراً أو غيره ، وقيل : بالفرق بين الامرين ، لعدم التقصير على تقدير الثاني ، ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ، ولم يحصل منه تقصير في عدم حصولها يوجب الانتقال الى ما لا يقتضيه العقد ، وهو أجرة المثل الذي ذكره . أقول : وبأنى على ما ذكرناه من عدم دليل على اعتبار التأجيل في هذه المعاملة وعدم اعتبار المدة فيها وان ذكرها في حكم العدم هو عدم لزوم شيء للعامل ، لاصالة براءة الذمة ، والفرق بينهما وبين الاجارة ظاهر ، لانه بالاجارة ينتقل المنفعة الى المستأجر ، وترفع يد المالك عن الارض بالكلية تلك المدة ، فتلزمه الاجرة بلا اشكال بالتقريب المتقدم .

وعلى ذلك دلت جملة من الاخبار الائمة - انشاء الله تعالى - في كتاب الاجارة بخلاف ما نحن فيه ، فان للمالك متى لم يزرع فيها العامل فسخ العقد ودفعها الى غيره ، ومنفعة الارض لم تنتقل له بالعقد ، وانما هي مشتركة مع العمل فيها ، وللعامل الحصة المقررة ، فاذا أخل بالعمل فيها كما لو شرط عليه فللمالك فسخه ، بل الظاهر انفساخ العقد بنفسه والله العالم .

الثالث - من الشروط الثلاثة المشار اليها آنفاً أن يكون الارض مما يمكن الانتفاع بها في الزرع ، بأن تكون من أرض الزراعة ، وأن يكون لها ماء معتاد تسقى به من نهر أو بئر أو عين أو نحوها ، ومن ذلك الارض في بلد تسقيها الفيوث والأمطار عادة ، وكثير منهم حصر والماء في الافراد السابقة . وذكرنا الفيوث في مسألة على حدة ، والحق أن الجميع من باب واحد ، لان المراد أن يكون

الماء ماء يعتاد سقيها به ، أعم من أن يكون من الله تعالى أو من جهة العمال فيها ، بحفر السواقي والانهار ، والضابط امكان الانتفاع بها في الزراعة ، فلو لم يكن كذلك بطلت المزارعة .

والكلام هنا يقع في مواضع : الاول - قال العلامة في القواعد بعد ذكر الشرط المذكور : ولو زارعتها أو آجرها له ولا ماء لها تخير العامل مع الجهالة لا مع العلم ، لكن في الاجرة يثبت المسمى ، وهو ظاهر في صحة المزارعة مع علمه بعدم الماء ، وأما مع الجهل فيتخير بين الرضا بالعقد وفسخه ، ومرجه الى اللزوم مع العلم وعدم اللزوم مع الجهل ، دون البطلان في شيء من الموضعين ، ففي صورة العلم لا خيار له حيث أقدم على ذلك ، بخلاف صورة الجهل ، فيكون له الخيار ، ويأتى بناء على ما قدمناه من البطلان في الموضعين لفوات الشرط الذي هو امكان الانتفاع ، وهو الاقوى بالنظر الى قواعدهم .

وربما حمل كلام العلامة هنا على أنه متى أمكن الانتفاع بتلك الارض في غير المزارعة التي تحتاج الى الماء ، فانه يجوز أن يزرع ما لا يحتاج الى الماء فعدم الماء لا يستلزم عدم امكان الانتفاع ، مع القول باشتراط امكان الانتفاع بغير الزرع اذا تعذر ، ولا يخفى تعسفه ، فان الظاهر من الاخبار وكلام الاصحاب من غير خلاف يعرف أن المزارعة المبحوث عنه في هذا المقام انما هي عبارة عن زرع ما يتوقف على الماء من حنطة وشعير وأرز ونحوها من الحبوب ، على ان لا نعرف هنا زرعاً يقوم بغير الماء بالكلية .

وربما حمل كلامه أيضاً على أن المراد لاماء لها غالباً ، لأنه لاماء لها أصلاً ويؤيده تسميته بذلك في التذكرة حيث نقل عنه فيها التردد فيما لو كان لها ماء نادراً هل يصح المزارعة عليها أم لا ، ومنشأ التردد من عدم التمكن من ايقاع ما وقع عليه العقد بالنظر الى الغالب ، ومن امكان الزرع ولو نادراً ، وهو وان كان أقل تعسفاً من الاول ، الا أن الظاهر ضعف المعنى عليه ، وان تردد

فيه في التذكرة ، لما عرفت في غير مقام مما تقدم أن الأحكام المودعة في الاخبار انما تحمل على الافراد الشايعة الغالبة المتكثرة ، دون الشاذة النادرة .
وما ذكره العلامة في القواعد من هذا الحكم المتقدم نقله عنه قد سبقه اليه المحقق في الشرايع أيضاً مع أنها معاً قد ذكر اقبل هذا الكلام الشرط المشار اليه ، وقد عرفت أن قضية الشرط المذكور بطلان المزارعة مع عدمه .
وبالجملة فان كلامهما هنا مع ما عرفت لا يخلو من الاشكال .

الثاني - حيث قد عرفت أن امكان الانتفاع شرط في صحة المزارعة ، وأنها بدونه تكون باطلة ، فلو وجد الشرط المذكور ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القواعد بطلان العقد ، لفوات الشرط في المدة الباقية ، فان الظاهر شرطيته ابتداء ولستدامة ليرتب عليه الغرض المطلوب من المزارعة ، الا أن ظاهر المحقق والعلامة الصحة ، وان للزارع الخيار ، حيث أطلقا القول بعدم البطلان ، وانما حكما بتسلطه على الفسخ .

قيل : وكانهما نظرا الى صحة العقد ابتداء ، فتستصحب الضرر واللاحق للمزارع بانقطاع الماء ينجر بتسلطه على الفسخ ، والظاهر ضعفه ، لعدم حجية الاستصحاب على هذا الوجه كما تقدم تحقيقه في مقدمات الكتاب في صدر جلد كتاب الطهارة (١) .

الثالث - ينبغي أن يعلم أن ما تقدم من البحث والخلاف مخصوص بالمزارعة ، وكذا الاجارة بشرط الزراعة ، لا اشتراكهما في المعنى ، أمالو استأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة فانهم قد صرحوا انها بصحة الاجارة ، لا مكان الانتفاع بها بغير الزراعة ، فليس له الفسخ حينئذ ، والظاهر أن هذا الحكم مخصوص بالجاهل بكون الارض لاماء لها ، والا فانه متى علم أنه لا ماء لها ، واستأجرها مع علمه بذلك فانه لا معنى لتخييره ، بل اما أن يكون العقد باطلا ، أو صحيحا ، والوجه حينئذ

فى صحة الاجارة مع الجهل ، وعدم جواز الفسخ متى علم أنه استأجرها مطلقاً
لابشرط الزراعة ، ووجوه الانتفاعات لا تختص بالزراعة بخصوصها ، لانها نوع من
أنواع الانتفاعات ، فانه يمكن الانتفاع بها فى وضع المتاع ، وكونها مراحاً
ومسرحاً وغير ذلك ، كذا ذكره .

ويشكل بأنه متى كانت الارض انما أعدت للزراعة ، وأن الغالب عليها
انما هو الاستعمال والانتفاع بهافى الزرع لا فى غيره ، وقد عرفت فى غير موضع
مما تقدم أن الاطلاق انما ينصرف الى الافراد الغالبة المتكررة ، فالحكم
بالصحة واللزوم والحال هذه مشكل ، فيحتمل تسلطه على الفسخ حملاً على المعتاد
والغالب .

الوابع - قد عرفت من مذهبى المحقق العلامة أن للمزارع والمستأجر
الفسخ فى المسألتين المتقدمتين ، قالوا : فلو فسخ فعليه فى المزارعة أجره ما
سلف ، وعليه المسمى فى الاجارة ، والوجه فيه أن كلامنا المزارع والمستأجر
فسخ العقد باختياره ، فبطل العقد بفعله ، ولم تحصل الحصة المعينة فى المزارعة ،
والارض لا بد لها من أجره ، فعليه فى المزارعة أجره ما مضى من الزمان قبل
الفسخ ، والمسمى بالنسبة الى الاجارة ، ويشكل بأن الفسخ انما وقع بسبب انقطاع
الماء الذى هو شرط لوجود الحصة ، وصحة الاجارة .

وبالجملة فان اثبات ما ذكره يحتاج الى دليل ، والا فالاصل عدمه ، هذا
ان فسخ ، وان لم يفسخ فان حصل شيء فهو لهما ، والا لم يكن لاحدهما على الآخر
شيء ، وهو ظاهر والله العالم .

المقام الثانى فى الاحكام

وفيه مسائل : المسئلة الاولى - قالوا : لا يخلو الحال فى المزارعة من
أمرين : أحدهما - أن يطلق المزارعة على المشهور فله أن يزرع ماشاء ، و الظاهر ان

المراد بالاطلاق هنا ما قابل التعيين ، سواء كان ما يدل على العموم وضعا من الألفاظ الموضوعه له ، أو ما يدل على الفرد المنتشر وضعا ، وعلى التقديرين فانه ظاهر في جواز أن تزرع ماشاء سواء أضر بالارض أم لا .

أما على الاول فظاهر ، وأما على الثاني فلان تجويز فرد منتشر تجويز لكل واحد بدلا من الآخر ، ولهذا أن الامر بالكلى أمر بواحد أى واحد كان من أفراد الماهية ، بمعنى براءة الذمة والائتان بالمأمور به بأى فرد فعل ، والا لزم الاجمال والتكليف بالمحال .

واستشكل بعض محققى متأخرى المتأخرين في صحة هذا العقد ، قال : لاشتماله على الفرد ، كما يمنع بعتك هذا بما تريد ، أو بأى شىء تعطى ، ثم قال : وقد يفرق بالنص والاجماع ، وبأنه لاشك في جواز زراعة ماهو الاضر للمالك ، فله أن يعطيه غيره أن يفعل ذلك له بأجرة وغيرها انتهى .

وقل عن العلامة في التذكرة أنه قوى وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض ، باختلاف جنس المزروعات فيلزم بتركه الفرد ، وهو الذى أشار اليه المحقق المذکور في صدر كلامه .

لكنه قد أورد عليه أيضاً بأنه منظور فيه بدخول المالك وقدمه على أضر الانواع من حيث دخوله في الاطلاق المستلزم لذلك ، فلا غير حينئذ ، وكيف كان فالاقرب القول المشهور .

نعم ان ما ذكره من العبادة التى صدرنا بها الكلام لا يخلو من حرازة ، فان الظاهر أن ضمير يزرع في قوله فله أن يزرع ، ماشاء راجع الى العامل الزراع وهو انما يتم لو كان البذر من عنده ، أما لو كان من عند المالك فالتخير يرجع اليه ، لا الى الزراع .

وثانيهما أن تعين العين المراد زرعها تعينا نوعياً كالحنطة ، أو شخصياً كهذه الحنطة ، أو صنفياً كالحنطة القلائية ، سواء كان ما عدل اليه أضر مما عين

في العقد ، أو أقل ضرراً ، أو مساوياً ، فإن قضية التعيين والاشتراط هو عدم جواز التعدي لما عين مطلقاً ، ولو خالف فمقتضى كلام جملة منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والمحقق الأردبيلي هو أن للمالك أجره المثل .

قال المحقق المذكور : لاشك في أنه يلزمه أجره المثل على تقدير التعدي ، وينفسخ العقد ، إلا أن تكون مدة الانتفاع باقية ، لأنه قد ضيع منفعة الأرض بغير إذنه ، فيلزمه عوضها ، وهو أجره المثل كما في غيرهما انتهى .

ومقتضى كلام المحقق والعلامة التخيير بمعنى أنه يتخير مالك الأرض في فسخ العقد وأخذ أجره المثل وعدمه ، فيأخذ المسمى والأرض أيضاً إن نقصت الأرض وحصل لها ضرر بذلك .

قال العلامة في القواعد ويتعين بالتعيين ، فإن زرع الأضر فللمالك الخيار بين المسمى مع الأرض ، وبين أجره المثل ، ولو زرع الأخر تخير المالك بين الحصة مجاناً ، وأجره المثل .

وقال المحقق في الشرايع : فإن عين الزرع لم يجز التعدي ، ولو زرع الأضر والحال هذه كان لها أجره المثل إن شاء ، والنماء مع الأرض ، ولو كان أقل ضرراً جاز انتهى .

وفيه نظر من وجهين الأول أن مقتضى التعيين والعمل بالشرط عدم جواز العدول عنه ، وأنه ينفسخ العقد بالتعدي كما تقدم في كلام المحقق الأردبيلي ، فكيف يتم ما ذكره في الشرايع من أنه لو كان أقل ضرراً جاز ، وما ربما يقال في الجواب - والاعتذار عن المناقاة في كلامه - بأن الرضا بزرع الأضر على الأرض يقتضي الرضا بالأقل ضرراً بطريق أولى - مردود بأن غرض المالك ربما كان الانتفاع بالزرع ، لا مصلحة الأرض ، فانه المقصود الذاتي ، ومصلحة الأرض إنما هي تابعة ولاشك أن الأغراض تختلف في أنواع المزروع ، وربما كان غرضه في الأشد ضرراً من حيث يزيد نفعه ، أو الحاجة إليه ، وإن تضررت الأرض به .

ثم انه على تقدير ما ذكره من الجواز يلزم من ذلك أخذ المالك الحصة من ذلك المزروع مجاناً ، وهو باطل ، لانه غير داخل في العقد ، فكيف يستحق فيه المالك شيئاً ، وعين البذر مال العامل وملكه ، ولادليل على انتقال شيء منه عن ملكه الا بالمزراعة عليه ودخوله في عقد المزارعة ، والمفروض أنه ليس كذلك .

وبه يظهر أيضاً ما في عبارة القواعد هنا من التخيير بين أخذ الحصة مجاناً وبين أجره المثل ، فانه لا وجه لأخذ الحصة مجاناً كما عرفت ، بل الحق انما هو أجره المثل وانقضاء العقد .

الثاني - أن ما ذكرناه من التخيير في صورة زرع الأرض بين المسمى مع الأرض ، وبين أجره المثل ، منظور فيه بأن الحصة المسماة انما وقعت في عقد المزارعة بالنسبة الى ذلك المعين في العقد ، والذي زرعه العامل لم يتناوله العقد ، ولا الاذن ، فكيف يستحق منه المالك حصته ، فاذا زارعه على حنطة بأن يكون للمالك نصف حاصلها ، وبذر العامل شعيراً فبأي وجه يستحق المالك حصته من ذلك الشعير ، وهو غير داخل في العقد ، ومقتضى ملك العامل له أن يكون نماءه وما يخرج منه لملكه خاصة ، وبه يظهر أن الأقوى انما هو أجره المثل في الموضعين المذكورين ، هذا بالنسبة الى المزارعة .

أما في الاجارة فانه لو استأجر منه الأرض لزراعة نوع معين ، مثلاً فان زرع الأرض بالكلام عندهم كما تقدم في المزارعة ، وان زرع الاخف ضرراً فانهم صرحوا هنا بالفرق بين العقدين في ذلك ، وأنه يصح في الاول ، دون الثاني .

قال في المسالك في تعليل ذلك : فان عدول المستأجر الى زرع ماهو اخف ضرراً منه متجه ، لان القرض من الاجارة للمالك تحصيل الاجرة ، وهي حاصلة على التقديرين ، وتبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن أرضه ، وأولى منه لو ترك

الزرع طول المدة ، فانه لا اعتراض للمالك عليه ، حيث لا يتوجه ضرر على الارض ، لحصول مطلوبه ، وهو الاجرة ، بخلاف المزارعة ، فان مطلوبه الحصة من الزرع ، فلا يدل على الرضا بغيره ، ولا يتناوله بوجه ، انتهى .
وأما المساوى فاحتمالان .

الثانية : قيل : لو استأجر للزراعة أرضاً لا ينكشف عنها الماء لم يجز ، لعدم الانتفاع ، ولورضى بذلك المستأجر جاز ، ولوقيل : بالمنع لجهالة الارض كان حسناً ، وان كان قليلاً يمكن معه بعض الزرع جاز ، ولو كان الماء ينكشف عنها تدريجاً لم يصح لجهالة وقت الانتفاع .

أقول : وتفصيل هذا الاجمال - بما يتضح به المراد من هذا المقال - هو أن يقال : اذا كانت الارض مغمورة بالماء بالكلية في جميع الاوقات ، فانه لا ريب في بطلان اجارتها ، لعدم امكان الانتفاع بها فيما استوجرت له ، وهو ظاهر ، وأما لو كان الماء ينكشف عنها وقت الانتفاع عادة ، فان كانت مغمورة به حال العقد ، فانهم صرحوا بالصحة اذا كان قدرأى الارض أولاً قبل استيلاء الماء عليها ، وأن الماء المجلل لها صافياً لا يمنع من رؤيتها ، هذا اذا كان الاستيجار للزراعة . أما لو كان الاستيجار مطلقاً أو لغير الزراعة مما يمكن استيفاءه منها ، فان الاجارة صحيحة ، وينتفع بها فيما شاء ، ولو باصطياد السمك ان كان ، ومع تعذر الانتفاع بها بوجه من الوجوه ، فالظاهر هو البطلان ، لان شرط الصحة امكان الانتفاع ، ولو رضى المستأجر بالاجارة مع فرض الانقمار بالماء جاز ، وهو مما لا اشكال فيه ، الا أنه لا بد من تقدم رؤية الارض قبل الانقمار بالماء ، أو امكان الرؤية حال وجود الماء لسفائه ، كما تقدم ذكره .

وبه يظهر أن تعليل المنع من الصحة في هذه الصورة بجهالة الارض لا يصح على اطلاقه .

نعم لو فرض الجهل بها على كل حال اتجه المنع ، وبالجمله فانه اذا رضى المستأجر بذلك مع العلم بالأرض بأحد الوجوه جاز ، وأما مع الجهل مطلقا وعدم العلم بوجه فلا ، ولو كان الماء قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز ، لا يمكن الانتفاع في الجمله ، سواء أمكن الزرع في جميع الأرض على التقصان ، أو أمكن في بعض دون بعض ، مع الحاق ما لا يمكن فيه من الأرض بالجميع .

وكيف كان فلا بد من علم المستأجر بذلك والا تسلط على الفسخ للعيب ، وأما لو كان الماء ينكشف عن الأرض تدريجا فان الاجارة لا تصح ، لجهالة وقت الانتفاع ، والظاهر أنه لا فرق في ذلك بين رضا المستأجر بذلك وعدمه ، لان رضا بعقد غير صحيح لا يوجب صحته ، لما عرفت من أن العقد باطل من حيث جهالة وقت الزرع .

وفي القواعد قيد المنع بعدم رضا المستأجر ، فلو رضى بذلك صح ، ورد بأن هذا انما يتم في العيب ، فانه يتخير بالرضا والخيار ، لا في الجهالة التي هو موجبة لبطلان العقد ، ولوقيل : - بالحق هذا الفرد بما ذكر نظرا الى امكان الانتفاع في الجمله - قلنا : لا ريب ان ما يوجب انقطاع الماء تدريجا نقصان المنفعة ، واللازم من ذلك تخير المستأجر مع الجهل ، لا الحكم بعدم الصحة ، مع أنه قد حكم بعدم الصحة مع عدم الرضا .

وبالجمله فما نقلناه أولا أوفق بالقواعد المقررة بينهم .

قال في المسالك بعد ذكر نحو ذلك : وهذه الاحكام آتية في المزارعة على الأرض المذكورة ، فكان ذكرها في بابها أولى من استطراد الحكم الاجنبى ، أو التعميم ، وربما قيل : في هاتين المسألتين أن المنع مخصوص بالاجارة ، أما المزارعة عليها فجائزة ، والفرق ابتناء الاجارة على المعلومية ، لانضباط الاجرة ، فلا بد من انضباط المنفعة في مقابلتها ، بخلاف المزارعة ، فان النفقة التي هي الحصة لما كانت مجهولة ، تسومح في مقابلتها من العوض بما لا يتسامح في غيرها ، ولا بأس به ، انتهى .

الثالثة - قالوا : اذا اشترط في استيجار الارض الفرس فيها والزرع معاً فلا بد من تعيين مقدار كل واحد منهما .

أقول : والوجه في لزوم الشرط المذكور عموم الادلة الدالة على وجوب الوفاء به ، والوجه في وجوب التعيين في الزرع والفرس هو اشتراط العلم ، وعدم الجهل الموجب للغرر لما علم من تفاوت ضربيهما ، فان الفرس أضرب على الارض وافراد المعروسات ، وكذا افراد المزدروعات متفاوتة في الضرر شدة وضعفاً ، وحينئذ فلا بد من تعيين افرادها ، وكذا لو استأجر لفرسين أو لزعين ، فان الحنطة أضرب من الشعير ، والمعروسات تختلف باعتبار سريان العروق في الارض ، ونحو ذلك فلا بد من التعيين لما عرفت ، قيل : واشترطه في الاجارة ظاهر ، كما اذا آجره الارض للزراعة والفرس .

وأما في المزارعة فبان يكون شرط في المزارعة غرس اشجار له ، كما نقل عن المحقق الثاني ، وربما قيل : بأنه كما يجب التعيين في المتفاوتين في الضرر ، يحتمل أيضاً في غير المتفاوتين ، خصوصاً في المزارعة لما تقدم ، من أن الفرض المطلوب منها الحصة ، ومعلوم تفاوتها بتفاوت افراد المزدروعات .

قال في المسالك : ويمكن حمل الاطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الارض ، لان المتبادر من لفظ الشريك التسوية كما في نظائره ، ولان مقتضى الاجارة لهما أن يكون المنفعة المطلوبة من كل واحد منهما نصف فضل الجميع بحسب التنصيف لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح ، وهذا هو الاقوى وحينئذ فلا يجب التعيين ، انتهى .

وما ادعاء من أن المتبادر من لفظ الشريك التسوية ، وأن اشتهر ذلك في كلام غيره أيضاً ، الا أنه قد تقدم ضعفه ، بل هو أعم مما ذكره ، وقوله أيضاً فلا يجب التعيين ، بناء على الفرض الذي ذكره محل اشكال ، مع تفاوت افراد المعروسات والمزدروعات ، فانه مع فرض نصف تلك الارض للفرس ، والنصف الاخر للزرع

متى كانت أفراد كل منهما متفاوتة في الضرر ، جرى في هذا النصف ماجرى في أصل الأرض المفروضة في الكلام السابق مما اقتضى وجوب التعيين ، ثم انه قال : هذا كله اذا استأجرها مطلقاً ، أما لو استأجرها لينتفع بها بما شاء منها - صح وتخير ، لان ذلك تعميم في الافراد ، وقدوم على الرضا بالأرض ، ويبقى الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع والغرس وإطلاقه ماتقدم ، انتهى .

الرابعة - اختلف الاصحاب فيما اذا استأجر أرضاً مدة معينة لغرس فيها مايبقى بعد المدة غالباً ، فقيل : انه يجب على المالك ابقائه ، يعني بالاجرة ، أو ازالته مع الارش .

وقيل : انه له ازالته كما لو غرس بعد المدة ، وبالأول صرح المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد ، ونقل عن فخر المحققين ، وبالثاني صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك .

وعلل الاول من القولين المذكورين بأن المستأجر غير معتمد بالزرع ، لانه مالك المنفعة تلك المدة ، فله الزرع ، وذلك يوجب على المالك ابقائه ، لمفهوم قوله (١) (عليه السلام) « ليس لعرق ظالم حق » قال فخر المحققين : أجمع الأصوليون على دلالة المفهوم من هذا الحديث ، وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره ، لكن لما لم يكن له في الأرض حق بعد المدة ، لانقضاء الاجارة ، جمع بين الحقيين بأبقائه ، بالاجرة أو قلعه بالارش .

وعلل القول الثاني بأن المستأجر دخل على أن لاحق بعد المدة ، لان منفعة المدة هي المبذولة في مقابلة العوض ، فلا يستحق بالاجارة شيئاً آخر ، فللموَجَر قلعه مجاناً كما لو غرس المستأجر بعد المدة .

قال في المسالك : هذا هو الأقوى ، ثم قال في الجواب عما تقدم : وعدم تعدى المستأجر بزم عمه في المدة لا يوجب له حقاً بعدها مع اسناد التفسير اليه ، والمفهوم ضعيف ، والاجماع على العمل هنا لم يثبت ، وعلى تقدير صحته نمنع

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١ .

من كونه بعد المدة غير ظالم ، لانه واضح عرفه في أرض لاحق له فيها ، والزام المالك بأخذ الاجرة على الابقاء ، أو تكليفه بالارش على خلاف الاصل ، فلا يصار اليه بمثل ذلك انتهى .

وقال المحقق الار ديلى بعد نقل القول الاول عن المحقق ، والثاني عن الشهيد الثاني « وهو غير بعيد » يعنى القول الثاني ثم نقل كلام فخر المحققين ودعوا الاجماع على العمل بمفهوم الوصف في الخبر المذكور مالفظة ، وكان هذا الحديث ثابت عند الكل ، وهو موجود في التهذيب بسند غير صحيح في باب المزارعة فهو دليل على الاول ، لعل منشأ اعتبار المفهوم هنا هو ما ثبت بالعقل والنقل « أن لمرق المحق وغير ظالم حق » ، وهو كاف ، ولا يحتاج الى هذا المفهوم ، وان ذلك ظاهر ولا شك أن العامل غير ظالم ، فلعرفه حق ، اما بأن يخلى بالاجرة أو يقطع بالارش ، وهو جمع بين المصلحتين أيضاً فان لكل منهما دخلا في الابقاء ، وقضه بمنع الاجماع غير جيد ، وكذا منع كونه بحق بأنه بعد المدة ظالم ، كما فعله في شرح الشرايع ، لانه ثبت بحق ، وان كان المنع الثاني أولاً ، ووجه الثاني لا يخلو من قوة لما تقدم ، الا أن الاول أحوط وبالنصف أقرب فتأمل انتهى .

أقول : الخبر المشار اليه في كلامهم هنا هو ما رواه الشيخ في التهذيب عن عبدالعزيز بن محمد الدراوردي (١) « قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها قال : يرفع بناءه ، ويسلم التربة الى صاحبها ليس لمرق ظالم حق ثم قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر .

وأنت خير بأن مورد الخبر وسياقه من أوله الى آخره انما هو من اغتصب أرضاً فتصرف فيها ببناء أو غرس مع كونها مملوكة لغيره ، فانه لا يملكها بذلك ، بل هي ملك لمن سبق اليها أولاً ، وانه يجب عليه أن يدفع بناءه ويزيل غرسه ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١ .

للتعليل المذكور فيهما .

ومفهوم هذا التعليل بناء على ما ذكرنا أنه لو لم يكن مملوكة ولا مستحقة لاحد قبله ، فانه يملكها ويستحقها ، لكون عرقه عرق غير ظالم ، ومرجه الى كون تصرفه شرعياً ، وبه يظهر الاشكال في انطباق الاستدلال بمفهوم الخبر على المدعى في هذا المقام ، لان التصرف هنا وان كان شرعياً بالنظر الى مدة الاجارة ، فيدخل تحت مفهوم الخبر الا أنه بعد انقضاء المدة وزوال الموجب لصحة التصرف ، لا يمكن دخوله تحت المفهوم المذكور ، ومحل البحث والنزاع انما هو هنا ، لافئما تقدم من التصرف في المدة .

فقول المحقق المتقدم ذكره أنه ثبت بالعقل والنقل أن لعرق المحق وغير ظالم حق ، والعامل غير ظالم ، فلعرقه حق ، ان أراد بالنسبة الى مدة الاجارة فمسلم ، ولكن لا يجدى نفعا وان أراد بعد انقضائها فهو عين البحث ومحل النزاع ، فلا يخرج كلامه عن المصادرة ، فان شمول المفهوم المذكور له غير متجه ، اذ لا ريب انه تصرف في مال الغير بغير اذنه ، ولهذا اضطروا الى القول بالاجرة فراراً مما ذكرناه ، فكيف يدخل تحت المفهوم المذكور ، وانه محق وغير ظالم ، فيكون لعرقه حق .

ولو قيل : يبطلان هذا المقدم من أصله لم يكن بعيداً من الصواب : لعدم الدليل عليه بالخصوص ، وخروجه عن مقتضى قواعد الاجارة ، فلا يتناوله عموم أدلتها ، فان من قواعد الاجارة قصر جواز التصرف على مدة الاجارة ، وهذا العقد على هذا الوجه المذكور خارج عن ذلك ، فلا يدخل تحت عموم أدلتها .

واللازم منه على تقدير الحكم بصحته أحد المحذرين ، اما تنذر المستأجر بقلع الفرس مجانياً كما هو مقتضى القول الثاني ، أو جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه كما هو مقتضى القول الاول وهو أشد اشكالا .

والالتهاء في المخرج عن ذلك - الى ما ذكره من وجوب تبقيته بالأجرة

أوجواز قلعه بالارش جمعاً بين الحقين - انما يصح اذا دل دليل شرعى من كتاب
أوسنة أو اجماع ، بناءً على قواعدهم ، ولا شىء من هذه الثلاثة فى المقام ،
فاللازم منه اثبات حكم بلا دليل ، وهو ما منعت منه الآيات المتكاثرة ، والروايات
المتظافرة ، ولو صح الرجوع فى ذلك الى العقل لامكن ما ذكره ، لاندفاع
الضرر من الباطنين والجمع بذلك بين الحقين ، ولكن قد علم من الآيات القرآنية
والسنة النبوية أنه لا يجوز بناء الاحكام الشرعية الا على ما ظهر منهما من الأدلة
الواضحة الجلية ، والله العالم .

الحاق

أقول : ما ورد فى الخبر المتقدم من « أنه ليس لعرق ظالم حق » (١) قد
ورد مثله من طريق العامة عنه (صلى الله عليه وآله) وهو محتمل لتنوين عرق ،
فيكون ظالم صفة له ، واطافة عرق فيكون ظالم مضافاً اليه .

قال فى النهاية الاثرية (٢) وفى حديث احياء الموات « ليس لعرق ظالم
حق » هو أن يجيب الرجل الى أرض قد أحيها رجل قبله ، فيغرس فيها غرساً
غصباً ليستوجب به الأرض والرواية لعرق بالتنوين وهو على حذف مضاف : أى
لذى عرق ظالم ، فجعل عرق نفسه ظالماً والحق لصاحبه ، أويكون الظالم من
صفة صاحب العرق ، وان روى عرق ظالم بالاطافة فيكون الظالم صاحب العرق ،
والحق للعرق ، وهو أحد عروق الشجرة انتهى .

الخامسة - قد صرحوا بأنه تصح المزارعة اذا كان من أحدهما الأرض
حسب ، ومن الآخر البذر ، والعمل والعوامل ، وكذا لو كان من أحدهما
الأرض والبذر ومن الآخر العمل ، أو كان من أحدهما الأرض والعمل ، ومن
الآخر البذر خاصة .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣١١ باب ٣ ح ١ .

(٢) النهاية ج ٣ ص ٢١٩ ط القاهرة سنة ١٣٨٥ .

ج ٢١ في صحة المزارعة اذا كان من أحدهما الأرض والباقي من الآخر ٣٢٣

وبالجملة فان هنا أموراً أربعة ، الأرض ، والبذر ، والعمل ، والعوامل ،
والضابط أن الصور الممكنة في اشتراك هذه الاربعة بينهما كلا أو بعضاً جائزة ،
لاطلاق الاذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من أحدهما .

أقول : ومن الاخبار التي تتعلق بذلك ما رواه المشايخ الثلاثة عن ابراهيم بن
أبي زياد الكرخي (١) قال : قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) أشرك العليج
«المشرك» فيكون من عندى الأرض والبذر والبقر ، ويكون على العليج القيام
والسقى والعمل في الزرع حتى يصير حنطة وشعيراً وتكون القسمة ، فأخذنا السلطان
حقه ويبقى مابقى على أن للعليج منه الثلث ، ولي الباقي قال : لا بأس بذلك الحديث .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن يعقوب بن شعيب (٢) في الصحيح عن أبي
عبدالله (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج
فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها وما كان من فضل
وهو بينهما ، قال : لا بأس - إلى أن قال - : وسألت عن المزارعة فقال : النفقة منك
والأرض لصاحبها ، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر ، وكذلك أعطى
رسول الله (صلى الله عليه وآله) خيبر حين أتوه ، فأعطاهم إياها على أن يعمروها
ولهم النصف مما أخرجت .

وما رواه في الكافي عن سماعة (٣) في الموثق قال : سألت (عليه السلام) عن
مزارعة المسلم المشترك فيكون من عند المسلم البذر والبقر ، وتكون الأرض
والماء والخراج والعمل على العليج ؟ قال : لا بأس ، ويحويها موتقة (٤) أخرى له

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢١ ، الفقيه ج ٣

ص ١٥٦ ح ٩ ، لفظا المشترك ليس في الكافي والتهذيب .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٠٢ باب ١٠ ح ٢٠١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ باب ١٢ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٤ باب ١٢ ح ٢ .

أيضاً ، والظاهر من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض هو ماقد مناه من الضابط المتقدم ، وهو مما لا خلاف فيه ولا اشكال ، فيما اذا كان عقد المزارعة بين اثنين خاصة فانه لا خلاف في الصحة .

وانما الخلاف فيما اذا زاد عليهما ، قال في القواعد بعد ذكر نحو مما ذكرناه في مزارعة الاثنين : وفي صحة البذر من ثالث نظر ، وكذا اذا كان البذر من ثالث ، والعوامل من رابع .

وقال في المسالك بعد ذكر نحو ذلك أيضاً : هذا اذا كانا اثنين خاصة ، فلو جعلاهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة ، أو رابعا كذلك ففي الصحة وجهان : من عموم الامر بالوفاء بالعمود ، والكون مع الشرط ، ومن توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ، ولم يثبت عنه مثل ذلك ، والاصل في المزارعة قصة خبير ، ومزارعة النبي (صلى الله عليه وآله) اليهود عليها على أن يزرعوها ، ولهم شطر ما يخرج منها ، وله (عليه السلام) شطره الآخر ، وليس فيها أن المعاملة مع أكثر من واحد ، وكذلك باقي النصوص التي وردت من طريقنا ، ولأن العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض ، وقابل ، فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه ، ويحتاج اثباته الى دليل ، والاجود عدم الصحة انتهى .

أقول : لا يخفى ما في كلامه (رحمة الله عليه) من تطرق البحث اليه ، واليراد عليه ، أما أولا فان ما استند اليه في منع أكثر من اثنين - من توقف هذه المعاملة على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص - فهو خلاف ما يستندون اليه في أكثر الاحكام من التمسك بعموم الادلة واطلاقاتها ، كما لا يخفى على من له أنس بالاطلاع على أقوالهم ، وخاص في بحور استدلالهم .

وأما ثانياً فان ما ادعاء من أن معاملة النبي (صلى الله عليه وآله) مع أهل خيبر لا تدل على أن المعاملة مع أكثر من واحد من أعجب العجائب عند ذوي

الالباب ، لاستفاضة الاخبار بانه بعد فتح خبير اقر الارض في أيدي الذين فيها وقاطعهم بالنصف يعنى جميع من كان فيها من اليهود لاشخصاً بعينه منهم ، أو اثنين أو ثلاثة مثلاً ، ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب (١) المذكورة هي هنا ، وقوله فيها « أعطاهم اياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت » وفي حديث الكنانى (٢) قال : سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول : ان النبي (صلى الله عليه وآله) لما فتح خبير ثم كها في أيديهم على النصف ، فلما بلغت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة اليهم ، فخرس عليهم فجاءوا الى النبي (صلى الله عليه وآله) فقالوا : انه قد زاد علينا فأرسل الى عبدالله وقال : ما يقول هؤلاء ؟ قال : قد خرست عليهم بشىء ، فان شاؤا يأخذون بما خرصنا وان شاؤا أخذنا ، فقال رجل من اليهود : بهذا قامت السماوات والارض .

وفي معناه غيره من الاخبار الكثيرة ، فهل ترى هنا بعد ذكرهم بطريق الجمع في هذه الموارد مجالا للحمل على واحد منهم ، بل الظاهر لكل ناظر انما هو دفع الارض اليهم كمالاً بعد فتحها وأخذها عنوة ، على أن يزرعوها بالمنفعة ، وهذا هو الذى عليه العمل الآن في جميع الاصقاع والبقاع وذكر الاثنين في أكثر الاخبار انما خرج مخرج التمثيل ، لا الحصر .

وأما ثالثاً فان كون العقد يتم باثنين موجب وقابل لا ينافى التعدد في جانب كل منهما كما في سائر العقود من بيع وغيره ، بأن يوجب عنه وعن غيره ، ويقبل كذلك فان قيل : انه قد ثبت ذلك بدليل من خارج - قلنا : وهذا قد ثبت بعموم أدلة المزارعة ، ولا سيما قضية خبير كما عرفت ، على أنك قد عرفت في كتاب البيع أن ما ذكره من العقد المشتمل على الإيجاب والقبول بالنحو الذى تقدم ذكره عنهم لا دليل عليه ، وانما الذى دلت عليه الاخبار هو مجرد التراضى

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٢ ، مع اختلاف

يسير ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ١ .

بالالفاظ التجارية بينهم ، وكلامه انما يتم على الاول كما هو المشهور بينهم ، مع أنك قد عرفت أنه لا دليل عليه .

قال المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) في هذا المقام : ونعم ما قال أيضاً لخصوصية بالاثنتين فيجوز بين الثلاثة وما زاد لما تقدم ، وليست المعاملة مطلقاً ، ولا هذه موقوفة على النص الخاص شرعاً ، بل يكفي العموم ، ولهذا ليس في شيء من المعاملات بخصوصه دليل شرعي ، كيف ولو احتاج الى ذلك لاشكل الامر ، فانه معلوم عدم ورود نص في كل صنف صنف من كل معاملة ، مع العلم بالمغايرة بمثل هذه ، أي كون المعاملين أكثر من اثنتين ، وهو الظاهر ولهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط ، بأن يكون موجبا وقابلا معاً مع عدم نص بخصوصه فيه مع وجوب الاحتياط في الفروج ، وكذا يجوزون في الطلاق كون المطلق زوجته بالوكالة ، مع عدم دليل بخصوصه ، ومنع البعض الوكالة في الطلاق مع الحضور ، ومنع البعض وكالة النساء خصوصاً المطلقة وغيرها مع عدم نص ، بل ورد نص بعدم جواز الاتحاد في النكاح ، وليس لهم دليل الا عموم العقود وصدق النكاح مع عدم ثبوت المنع .

وبالجملة أمثاله كثيرة جداً ولا يشترطون فيه النقل بخصوصه ، وأنه لو شرط لبطل أكثر ما ذكره ، فقول الشارح في شرح الشرايع بعدم الصحة - اذا زاد على اثنتين محتجاً بأن القابل والموجب اثنان فيتم بهما ، ولا يتعدى الى الغير ، وأن دليل المزارعة خبر حكاية خبير ، وليس فيه غير اثنتين ، وكذا غيره من الاخبار عندنا لما تقدم - غير ظاهر ، على أنه ما يظهر من حكاية خبير وغيرها كونهما اثنتين فقط ، بل هو أعم ، بل الظاهر أن أهل خبير كانوا كثيرين ، فوقع بينه (عليه السلام) وبينهم .

وبالجملة ما ذكره نجده بعيداً جداً وهو أعرف انتهى .

السادسة - قال المحقق (رحمة الله عليه) في الشرايع ولو كان بلفظ الاجارة

لم تصح لجهالة العوض ، أما لو آجرها بمال مضمون أو معين من غيرها جاز .
أقول : ما ذكره من قوله « ولو كان بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوض » ،
محتمل لمعنيين أحدهما - ما ذكره في المسالك قال (قدس سره) : لا اشكال في
عدم وقوعها بلفظ الاجارة لاختلاف أحكامهما ، فان الاجارة يقتضى عوضاً معلوماً
والمزارعة تكفى فيها الحصة المجهولة ، انتهى .

وحاصله أنه يقصد بالمقدد المزارعة ، ولكن يأتي بلفظ الاجارة ، وثانيهما -
أن يقصد الاجارة لا المزارعة ، لكن جعل الاجارة الحصة ، فانه لا يصح هذه
الاجارة ، لوجوب العلم بالعوض في الاجارة ، والعوض هنا انما هو الحصة ، وهي
مجهولة ، والظاهر أن هذا هو الاقرب في العبارة بقرينة قوله « أما لو آجرها » ،
الى آخره ، فانه ظاهر في أن المقصود انما هو الاجارة في كل من الموضعين ،
لكنه في الاول جعل العوض الحصة ، وهي مجهولة فتبطل الاجارة لزوال شرطها
وهو معلومية العوض ، وفي الثاني تصح ، وأيضاً فانه على تقدير أن يكون المقدد
مقصوداً به المزارعة ، لكن أتى فيه بلفظ الاجارة كما ذكره ليس فيه أزيد من
ارتكاب التجوز في التعبير عن المزارعة بلفظ الاجارة ، وهو جائز مع القصد اليه
والقرائن الدالة عليه ، وإطلاق لفظ الاجارة وإرادة المزارعة منه في الاخبار غير
عزيز ، ومنه ما في صحيحة أبي المجزا (١) المتقدمة من قوله (عليه السلام) :
« أما اجارة الارض بالطعام » فلا تأخذ نصيب اليتيم منه ، الا أن تؤجرها بالربع
والثلث والنصف كما تقدم تحقيق ذلك في الحاق المذكور بعد الشرط الاول من
المقام الاول من هذا المطلب .

السابعة - في جملة من أحكام التنازع ، منها - أن يتنازعا في المدة لما
عرفت آتفأمن أن المدة من جملة شروط هذه المعاملة ، وقد عرفت ما فيه ، قالوا :
فلو تنازعا فيها فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ، ولاريب أن هذا مقتضى

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٦ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٠ ح ٧ .

القاعدة المتفق عليها نصاً وقنوى ، لان الاصل عدم الزيادة .

وقيته بعض محققى متأخرى المتأخرين بأن لا يكذبه العرف ، ولعله أراد بأن يدعى نقصان المدة عن وقت يدرك فيها الزرع يقيناً ، حيث أن المعلوم عادة وعرفاً أن القصد من المزارعة وبذل المال فيها هو الحصول فلا بد أن يكون المدة تبلغ ذلك ولو ظناً ، فاذا ادعى ما يوجب نقصانها عن ذلك يقيناً فإنه يكذبه العرف ولا بأس به ، لما عرفت فى غير موضع مما تقدم من بناء الاطلاق على المعروف المتكرر عادة .

ومنها ما لو اختلفا فى قدر الحصة ، فانهم صرحوا بأن القول قول صاحب البذر ، وعلل بأن الحصة تمام ملكه ، والاصل بقائه على مالكه حتى يتحقق الانتقال شرعاً ، فكان الحاصل فى يد صاحب البذر حيث ثبت أنه له ، والمنازع خارج يدعيه فعليه البيئته ، وحينئذ فالقول قول صاحب البذر يمينه ، حيث عدمت البيئته كما فى المدة ، ولو أقام كل واحد منهما بيئته بنى على الخلاف فى تقديم بيئته الداخلة أو الخارج ، والمشهور الثانى .

وعلى هذا فالقول قول مالك الارض فى تهليل المدة ، والبيئته بيئته العامل فى دعوى الزيادة ، وكذا القول قول صاحب البذر فى قدر الحصة ، والبيئته بيئته الآخر ، وهو من لا بذر له فى ذلك .

وقيل : هنا بالقرعة ، لانها لكل أمر مشكل ، وفيه أنه لا اشكال هنا ، فان من كان القول قوله فالبيئته بيئته صاحبه ، كما هو مقتضى النصوص المتفق عليها . ومنها ما لو اختلفا فقال الزارع : انها فى يدى عارية ، فانكر المالك وادعى الحصة أو الاجرة ، ولا بيئته فالمشهور أن القول قول صاحب الارض فى نفى العارية يمينه ، لانه منكر ، فيقدم قوله فى ذلك ، والقول قول الزارع يمينه فى نفى الاجارة أو المزارعة ، لانه منكر لهما ، وحينئذ فيحلف كل واحد منهما على نفى ما يدعيه الآخر ، وحيث انتفت الدعويان والحال أن الزارع قد تصرف فى أرض غيره وانتفع بها ، فاللزام له أجرة المثل لذلك الزرع الى أوان

ترعه، الا أنهم قيدوا أجره المثل هنا بما اذا لم ترد على ما يدعيه المالك من الاجرة والحصة، والا وجب له ما يدعيه خاصة، لاعترافه بأنه لا يستحق سواء، ومرجه الى أقل الامرين من أجره المثل والمسمى في العقد.

وقيل: هنا بالقرعة وهو مجهول القائل، ونسبه في التذكرة الى بعض علمائنا وفي المختلف حكمه بلفظ قيل، والشراح أبهموه.

وكيف كان فهو ضعيف كما ذكره غير واحد من أصحابنا، لان القرعة انما هي مع اشكال الحكم، وأما مع بيان وجهه ومعرفة طريقه فلا اشكال، وطريقه هو ما ذكره مما قدمنا نقله عنهم.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن عندى في هذا المقام اشكالا من وجهين: الاول - ما ذكره من وجوب أقل الامرين من أجره المثل وما يدعيه المالك من الحصة أو الاجرة، لما ذكره من التعليل، فان فيه أولا أن أجره المثل التي أوجبها هنا الراجحة الى أقل الامرين كما عرفت انما صاروا اليها بعد الحكم ببطلان الدعويين الاولين من كل من الطرفين بالتحالف، وبطلان ما يترتب عليهما، وحينئذ فالحكم بأجره المثل هنا لا تعلق له باعتراف المالك، لأنه لا يستحق أزيد من ذلك، أو يستحق مثلاً، وانما فرض المسئلة - بعد بطلان الدعويين الاولين - فرض ما لو لم يكن شيء من هذين الدعويين، وحينئذ فالواجب انما هو أجره المثل زادت أم نقصت أم سادت.

وثانياً ما أورده في المسالك حيث قال: واعلم أنه اذا كان الواجب للمالك بعد يمينه أقل الامرين مما يدعيه وأجره المثل، وكان الأقل هو ما يدعيه، فلا وجه ليمين الزارع، لانه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له أزيد منه، وكذا لو حلف أورد اليمين، وما هذا شأنه لا فائدة فيه. نعم لو كان ما يدعيه أزيد من أجره المثل اتجهت فائدة يمين الزارع، لانها تنفي الزائد مما يدعيه المالك عن الاجرة، ولو ردها أو اعترف للزم الزائد انتهى.

ولا يخفى ظهور و ردد ما أورده عليهم ، وأما على ما ذكرناه فلا اشكال
بحمد الله المتعال .

الثاني : انهم قد صرحوا في هذا الكتاب بهذه المسئلة أعني مسئلة اختلاف
الزارع والمالك في العارية والمزارعة والاجارة ، ونقلوا فيها القولين المتقدمين ،
ولم يذكرهما نائلاً ، وفي كتاب العارية ذكروا المسئلة وهي اختلاف المالك
والمستعير بأن المالك ادعى الاجارة والمستعير العارية ، وذكروا فيها قولين : أحدهما
أن القول قول المستعير يمينه ، لان المالك يدعى الاجرة ، والاصل عدمها .

والثاني أن القول قول المالك في عدم العارية ، فاذا حلف سقط دعوى
المستعير ، وثبت عليه أجرة المثل ، ولم ينقلوا القول بالقرعة هناك ، وظاهر
الاكثر منهم ترجيح القول الثاني ، وظاهر العلامة في القواعد التوقف ، حيث
ذكر القولين المذكورين بطريق الاحتمال في المسئلة ، ولم يرجح شيئاً منهما .
وأنت خير بأن المسئلة واحدة في الكتاين ، والقولان المذكوران في
كتاب العارية يجريان فيما هو مذكور في هذا الكتاب ، واستدل للقول الاول
كما ذكره جملة منهم بأنهما قد اتفقا على أن تلف المنافع وقع على ملك
المستعير ، وأن تصرفه فيها كان مباحا ، وانما يختلفان في أن ذلك بأجرة أم لا
والاصل عدم الاجرة ، فاذا حلف الراكب على نفى الاجرة ثبت ذلك له .

وعلى القول الثاني بأن المنافع أموال كالأعيان فهي بالاصالة لمالك العين ،
وادعاء المستعير ملكيتها بغير عوض على خلاف الاصل ، وأصله براءة الذمة انما
تصح من خصوص ما ادعاه المالك ، لا من مطلق الحق ، بعد استيفاء منفعة ملك
غيره . وحينئذ فيحلف على نفى العارية ، ويثبت له أجرة المثل بالتقريب المتقدم ،
وظاهر المحقق الأردبيلي (رحمة الله عليه) ، في شرح الارشاد تقوية القول الاول
من هذين القولين ، حيث قال بعد ذكر التحالف من الطرفين كما صرحوا به
في المسئلة المذكورة في هذا الكتاب : على نحو ما قدمناه ، وان للمالك بعد

ذلك أجرة المثل ، أو أقل الأمرين منها ومن المسمى : ما لفظه ، ويمكن أن يقال : لا يجوز له يعني المالك أخذ شيء ، لانه ادعى الحصة ، وقد سقطت باليمين ، فان الحق وعوضه لا يمكن الاخذ في الدنيا بعد الحلف ، كما هو المقرر عند هم ، ولانه لا يدعى عليه الا الحصة ، وقد ثبت شرعاً نفيها ، ولا يدعى غيرها ، وبأخذه هو ، فكيف يكلف الشارع العامل بشيء آخر ، بل قائل بعدمه ، فلا يحتاج الى التحالف ، بأن يحلف المالك بنفي العارية ، اذ ليس للعامل غرض في تلك الدعوى ، بل غرضه نفي الحصة ، وقد نفاها يمينه .

وبالجملة لاشك أن المدعى هنا هو المالك للحصة فقط ، والعامل منكر ، واذا حلف سقطت ، وليس للمالك دعوى أخرى ، فان كانت مسموعة عمل بمقتضاها ، وليس للعامل غرض يتعلق بدعوى العارية ، بل غرضه نفي دعوى الحصة وقد حصل ، فلا تحالف فتأمل ، وسيجيء مثله في دعوى الاجارة والعارية ، انتهى .

أقول : لقائل أن يقول : أن الغرض من دعوى العارية هو أنه لما ثبت من الشارع تحريم التصرف في مال الغير الا بوجه شرعى ، والا لكان ذلك موجباً للمواخذة ديناً وديناً ، أما في الدين فباستحقاق المقاب ، و أما في الدنيا فباستحقاق العوض ، احتاج العامل الى التعلق بشيء يدفع عنه الأمرين ، فتعلق بدعوى العارية لذلك ، و مجرد كون دعوى العامل متضمناً لدفع الحصة وان غرضه من هذه الدعوى ذلك لا يخرج عنه كونه مدعياً يترتب عليه ما يترتب على المدعى ، حتى أنه يحصر المدعى في المالك ، وأن العامل منكر خاصة ، وحيث أن المالك ادعى الاجارة وطلب الاجرة المسماة في العقد بزعمه ، وحصل التحالف من الطرفين على نفي الدعويين بطل ما تقدم من الدعويين ، وما يترتب عليهما من الحكمين ، ورجعنا الى أن الاصل حرمة مال المسلم وعصمته عن تصرف غيره الا بوجه شرعى ، وحيث أن العامل قد تصرف بغير وجه شرعى

أوجبنا عليه أجره المثل لذلك ، سواء زادت عما يدعيه سابقاً أو نقصت كما قد منا ذكره ، وإن كان على خلاف ما صرحوا به كما عرفت .

وبالجملة فالمسئلة لخلوها عن النص الواضح محل اشكال ، وللتنظر فيها مجال كما عرفت من اختلاف هذه الأقوال .

هذا كله فيما اذا وقع النزاع والاختلاف بعد تصرف العامل ، واستيفاء المنفعة كلاً أو بعضاً ، أما لو كان قبل ذلك فانه متى تحالفا انتفت العارية والمزارعة والاجارة ، وحرم على العامل التصرف بلا خلاف ولا اشكال ، و حيث قد ثبت بناء على ما هو المشهور أن اللازم بعد التحالف انما هو أجره المثل ، وحينئذ فيكون الاختيار في الزرع يبقائه الى أوان الحصاد أو فصله قبل ذلك للزارع ، لما علم من أن أصل الزراعة وقع بوجه شرعى واذن من المالك باتفاق الخصمين ، وانما الخلاف في الاجرة وجوداً و عدماً ، فهو زرع بحق ، فلا يجوز للمالك قلعه بغير اذن مالكة ، مع أن ابقائه انما هو بأجرة لامجاناً ، والاجرة ثابتة من وقت الزرع الى وقت ازالته ، سواء كان وقت الحصاد أو قبله ، كذا ذكره ، وعندى فيه اشكال ، لانه وإن كان أصل الزرع بالاذن أعم من أن يكون عارية أو اجارة مثلاً ، إلا أنه بعد التحالف قد بطل كل من دعوى العارية ودعوى الاجارة ، فكيف ترتب عليهما حكم جواز البقاء ، والحال أنه بعد التحالف قد زال الامر الاول ، وهو الاذن المتفق عليه بل اللازم بمقتضى ذلك جواز قلع الزرع وازالته ، وأجرة المثل انما هى لما مضى من المدة ، الا أن يتفقا على بقاءه بأجرة وهو خارج عن محل البحث ، وحينئذ فينبغى أن يجوز للمالك ازالته ان لم يرض ببقائه بالاجرة .

وبالجملة فان الحالين باعتبار التحالف وبطلان الدعويين قد اختلفا ، والاذن انما ثبت سابقاً باعتبار عدم خلو الحال من صحة احدى الدعويين ، ولما ثبت بالتحالف بطلانهما معاً تغير الحكم والله العالم .

ومنها ما لو اختلفا فقال العامل : أنها اعادة ، وقال المالك : انها غصب ، ولم يدع عقداً محلاً كما تقدم ، فالقول هنا قول المالك يمينه ، لاصالة عدم الاعادة ، وبقاء منافع أرضه على ملكه ، وعدم خروجها عنه بعارية ولا غيرها ، ومتى حلف على نفى دعوى العارية وثبت كون وضع الزرع فيها بغير وجه شرعي تخير المالك بين قلعه وبين مطالبته بأجرة المثل ، لما مضى من المدة ، وأرض الارض ان نقصت ، وطم الحفر ونحو ذلك مما يلزم الغاصب كما يأتي انشاء الله تعالى - في كتاب الغصب ، وان اتفقا على بقاءه بأجرة جاز .

ونقل في المسالك عن التذكرة أنه يحلف العامل على نفى الغصب ، ولم يذكر يمين المالك ، ورتب باقي الاحكام ، ثم قال : والحق ما ذكر هنا من أن الحالف المالك على نفى العارية لا غير ، انتهى .

الثامنة - قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز للعامل أن يشارك غيره في العمل بالحصّة المعلومة ، وأن يزارع غيره من غير توقف على اذن المالك ، اذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه ، لما سيأتي في الاجارة ان شاء الله . ولكن لا يسلم الارض الا باذن المالك ، والا كان ضامناً ، كما يأتي في الاجارة أيضاً ، والاصل في ذلك عندهم انه لما كانت المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لتقل منفعة الارض الى العامل بالحصّة المخصوصة ، كان للعامل نقلها الى غيره ، والمشاركة فيها لعموم الناس مسلطون على أموالهم ، (١) فلا يتوقف ذلك على اذن المالك ، اذ لاحق له في المنفعة .

نعم تسليم الارض يتوقف على اذنه كما عرفت ، واشترط بعضهم في جواز مزارعة غيره كون البذر من العامل ، ليكون تملك الحصّة منوطاً به ، وبه يفرق بينه وبين عامل المساقات ، حيث لا يصح له أن تساقى غيره كما سيأتي ان شاء الله تحقيقه في المطلب الثاني ، ولان البذر ان كان من صاحب الارض ، فالاصل أن

لا يتسلط عليه الا مالكة ، أو من أذن له وهو الزارع .

قال في المسالك : وهو حسن في مزارعة غيره ، أما المشاركة فلا ، لان المراد بها أن يبيع بعض حصته في الزرع مشاعاً بعوض معلوم ، وهذا لا مانع منه لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف شاء ، بخلاف ابتداء المزارعة ، اذ لا حق له حينئذ الا العمل ، وبه يستحق الحصة مع احتمال الجواز مطلقاً ، لان لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه وغيره ، وملكه للمنفعة ، والتصرف في البذر بالزرع ، وان لم يكن بنفسه ، حيث لا يشترط عليه الاختصاص ، فيجوز نقله الى الغير ، كما يجوز الاستنابة .

ويضعف بأن البذر حينئذ ليس ملكاً له ، وانما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع ، وبه يملك الحصة .

وقد يقال : ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير ، لانها عبارة عن نقل حقه في ذلك اليه ، وتسلطه على العمل ، فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة وغيرها من الوجوه .

هذا كله اذا لم يشترط المالك العمل عليه بنفسه ، والا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل أو بعضه متعلقاً بغيره .

ولا يرد أن ذلك يقتضي منع المالك من التصرف في ماله ، فيكون منافياً للشرع ، لان الناس مسيطرون على أموالهم ، لان ذلك حيث لا يعارضه حق غيره ، والا لم تتم الكلية ، ضرورة تخلفه في كثير كالراهن والمفلس ، انتهى .

وظاهر المحقق الاردبيلي المناقشة هنا في موضعين : أحدهما - في الشرط المنقول عن بعضهم في جواز مزارعة غيره من انه لا بد من كون البذر من العامل فلو كان من المالك لم تصح .

وثانيهما في ما ذكره في المسالك في بيان معنى المشاركة من أن المراد بها أن يبيع بعض حصته في الزرع الى آخره قال : واشترط بعض في هذا كون

البذر من العامل ، وبه يفرق بين المزارعة والمساواة ، حيث لا تجوز المساواة من المساقي ، وتجوز المزارعة من العامل ، وعموم الأدلة - وتسلط الناس على أموالهم ، وتملك المنفعة والحصة مع العمل ، وعدم ظهور مانع - يفيد الجواز ولو كان في المساواة ما يمنع من اجماع ونحوه فهو ، والا فينبغي القول به فيها أيضا ثم انه قيل : في شرح الشرايع : المراد بالمشاركة هو يبيع العامل بعض حصته المعلوم من الحصة التي له من الارض بعوض معين ، وهو انما يكون يلوغ الزرع اودان البيع ، ويكون الثمن غير العمل على الظاهر ، وظاهر العبارات أعسم من ذلك ، بل غير ذلك ، فانا نفهم أن المراد أن يشارك غيره بأن يعمل معه العمل المشترك بعوض وغيره ، وكون العوض جزء من حصته ، فكأنه يرجع الى المزارعة في البعض ، أو اجارة شخص لعمل بعوض ، أو استعماله بغير عوض قتأمل ، انتهى .

أقول : وهو يرجع في التحقيق الى ما ذكره أخيراً في المسالك بقوله ، وقد يقال : « ان هذا كاف » الى آخره ، ولا بأس به والذي وصل الى من الاخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه المشايخ الثلاثة (رحمة الله عليهم) عن سماعة (١) في الموثق « قال : سألته عن المزارعة قلت : الرجل يبذر في الارض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول : خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرعه في الارض ، ونصف نفقتك على وأشركني فيه ، قال : لا بأس ، وزاد في غير الفقيه « قلت : وان كان الذي يبذر فيه لم يشتره بثمن ، وانما هو شيء كان عنده ، قال : فليقومه قيمة كما يباع يومئذ فليأخذ نصف الثمن ونصف النفقة ويشاركه » وما اشتملت عليه الرواية المذكورة أحد انواع المشاركة وأفرادها ، وظاهرها أن البذر والعوامل والعمل كله من الزارع ، وأنه أعطاء نصف جميع ذلك ، فصار شريكه ، يعمل فيما بقي معه ، ويأخذ نصف ما شرط له من الحصة ، وهو ظاهر والله العالم .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٣ « وفيه من الطعام »

بدل طعاماً ، الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٥ ح ١ .

التاسعة - الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أن خراج الارض ومؤنتها على المالك الا مع شرطها أو بعضها على المزارع ، أما الخراج فلأنه موضوع على الارض ، كالأجرة لهابل هو أجرة ، حتى أنه روى أنه لو زاد السلطان في الخراج وأخذ من المزارع فالزيادة على المالك ، يجب عليه دفعها اليهم ، لأنها انما زيدت على أرضه .

روى ذلك الشيخ في التهذيب عن سعيد الكندي (١) قال : قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) : اني آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم قال : اعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لا أظلمهم ولم أزد عليهم ، قال : انهم انما زادوا على أرضك ، .

وأما المؤنة فذكرها المحقق والعلامة في بعض كتبه اجمالاً ، ولم يتنبهوا على ماهو المراد منها ، مع أنهم اطلقوا أن العمل على الزارع أو من شرط عليه . قال في المسالك : والظاهر أن المراد بمؤنة الارض هنا ما يتوقف عليه الزرع ، ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته ، كاصلاح النهر والحائط ونصب الابواب اذا احتاج اليها ، واقامة الدولاب ، وما لا يتكرر في كل سنة كما فصلوه في المساقاة ، والمراد بالعمل الذي على الزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة ، كالحرث و السقي وآلاتهما ، وتنقية النهر من الحماة ، وحفظ الزرع وحصاده وبحو ذلك ، انتهى .

هذا مع عدم اشتراطها على الزارع ، أما لو اشترطها المالك على الزارع كلاً أو بعضاً تعلقت بالمزارع ، الا أن ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك معلومية القدر المشروط وضبطه كلاً أو بعضاً ، حيث قال : فان شرط عليه لزم اذا كان القدر معلوماً ، وكذا لو شرط بعضه معيناً أو مشاعاً مع ضبطه ، ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الارض ، لان الشرط لم يتناولها ، ولم يكن معلومة ، فلا يمكن اشتراطها ، انتهى .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١٠ .

أقول : المفهوم مما حضرني من الاخبار المتعلقة بهذه المسئلة خلاف ما ذكره (رحمه الله) وهو ما رواه في الكافي والتهذيب عن داود بن سرحان (١) في الصحيح « عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يكون له الارض عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص فيدفعها الى رجل أن يكفيه خراجها و يعطيه مائتي درهم في السنة ، قال : لا بأس ، و رواه الصدوق في الفقيه عن يعقوب بن شعيب (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله .

وما رواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب (٣) في الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل تكون له الارض من أرض الخراج فيدفعها الى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ، ويؤدى خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لا بأس .

وهذه الاخبار كماترى ظاهرة في عدم ضرر جهالة الشرط المذكور هنا ، سيما الخبرين الاولين ، بل ورد ما هو أظهر اشكالا من ذلك مما يدل على جواز قبالة الارض واجارتها بما عليها من الخراج قل أو كثر .

كما رواه في الكافي عن ابراهيم بن ميمون (٤) « قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قرية لاناس من أهل الذمة لا أدري أصلها لهم أم لا غير أنها في أيديهم ، و عليهم خراج ، فاعتدى عليهم السلطان ، فطلبوا الى فأعطوني أرضهم وقريتهم أن اكفيهم السلطان بما قل أو كثر ففضل لي بعد ذلك فضل ، بعد ما قبض السلطان ما قبض قال : لا بأس بذلك لك ما كان من فضل .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٥ ، التهذيب ج ٢ ص ١٩٦ ح ١٤ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢١١ ح ١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٣ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٢ .

وما رواه الشيخ في الصحيح عن داود بن سرحان (١) قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن القوم يدفعون أرضهم الى رجل فيقولون له كلها واد خراجها ، قال : لا بأس به ، اذا شاءوا أن يأخذوها أخذوها .

وما رواه في الفقيه عن أبي الربيع (٢) * قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) في رجل يأتي أهل قرية وقد اعتدى عليهم السلطان وضعفوا عن القيام بخراجها ، والقرية في أيديهم ولا يدري هي لهم أم لغيرهم فيها شيء ، فيدفعونها اليه على أن يؤدي خراجها فيأخذها منهم ويؤدي خراجها ، ويفضل بعد ذلك شيء كثير ، فقال : لا بأس بذلك اذا كان الشرط عليهم بذلك .

وهي ظاهرة في جهالة مال الاجارة ، اذ ليس لهذه الاخبار محمل على غير الاجارة ، وهذه الاخبار مما يؤيد القول بالاكتفاء بمعلوماتها في الجملة ، خلافاً لظاهر المشهور من اشتراط معلوماتها تفصيلاً بالكيل لو كانت مكيلة ، والوزن كذلك ونحو ذلك ، وسيأتي تحقيق المسئلة - ان شاء الله تعالى - في محلها والله العالم .

العاشرة - قد سرحوا بانه في كل موضع يحكم فيه بيطلان المزارعة ، فانه يجب لصاحب الارض أجره المثل ، وهو مبني على ما اذا كان البذر من الزارع ، لان الحاصل حينئذ يكون له ، حيث أنه نماء بذره ، ويجب لصاحب الارض عليه أجره مثله ، لتصرفه فيها وأخذه منفعتها من غير أن يكون ذلك تبرعاً ولا بتعيين أجره ، فيلزم الموضع وهو أجره المثل .

وأما لو كان البذر لصاحب الارض فان النماء يكون له لما عرفت ، وعليه للعامل أجره المثل بالنسبة الى العمل ، والعوامل والالات .

ولو كان البذر منهما معاً أنصافاً مثلاً ، فالحاصل بينهما كذلك ، ولكل منهما

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٦٤ لكن عن أبي بردة بن رجا ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢

ح ٣-

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١٢ ح ٤ .

على الآخر أجرة ما ينقصه على نسبة ما للآخر من الحصة ، فلو كان البذر بينهما أنصافاً كما فرضناه رجع المالك بنصف أجرة أرضه على العامل ، ورجع العامل على المالك بنصف أجرة عمله وعوامله وآلاته .

وعلى هذا القياس لو كان البذر من ثالث بناء على جواز المزارعة مع الزيادة على اثنين ، فإن الحاصل له ، وعليه أجرة المثل بالنسبة إلى الأرض لصاحبها ، وأجرة المثل لعاملها بالنسبة إلى عمله وعوامله وآلاته والله العالم .
الحادية عشر - قد صرحوا بأنه يجوز لصاحب الأرض أن يخرس على الزارع ، والزارع بالخيار في القبول والرد فإن قبل كان استقراره مشروطاً بالسلامة ، فلو تلف الزرع بأفة سماوية أو أرضية لم يكن عليه شيء .

أقول : أما جواز الخرس وتخيير الزارع بين القبول وعدمه فيدل عليه جملة من الأخبار ، مضافاً إلى ظاهر اتفاق الأصحاب ، ومنها أخبار خير ، وقد تقدم في المسئلة الخامسة خبر الكناني ، الدال على خرس عبدالله بن رواحة عليهم ، وتخييرهم .

ومثلها صحيحة يعقوب بن شعيب (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) وفيها فلما بلغت الثمرة أمر عبدالله فخرس عليهم النخل ، فلما فرغ منه خيرهم فقال : قد خرصنا هذا النخل بكذا ساعاً فإن شئتم فخذوه وردوا علينا نصف ذلك ، وإن شئتم أخذناه و أعطيناكم نصف ذلك ، فقال اليهود بهذا قامت السموات والأرض . وأما إن ذلك يكون لازماً له بعد القبول ، وبموجب ذلك يكون الزيادة له والنقص عليه فيدل عليه ما رواه في الكافي والفقيه (٢) عن محمد بن عيسى عن بعض أصحابه ، قال : قلت لأبي الحسن (عليه السلام) : إن لنا أكررة فنزارعهم فيجئون ويقولون لنا : قد حررنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطونا ، ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحرز فقال : وقد بلغ ؟ قلت : نعم قال :

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠ ح ٥

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩ ح ٤

لا بأس بهذا ، قلت : فانه يجيء بعد ذلك فيقول لنا : ان الحزر لم يجيء كما حذرت وقد نقص ، قال : فاذا زاد يرد عليكم ؟ قلت : لا قال : فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر كما أنه اذا زاد كان له كذلك اذا نقص كان عليه .

وما رواه الشيخ في الموثق عن محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر وأبي عبدالله (عليهما السلام) قال : سألت عن الرجل يمضي ما خرص عليه في النخل ؟ قال : نعم ، قلت : أ رأيت ان كان أفضل مما خرص عليه الخارص أيجزيه ذلك ؟ قال : نعم .

وقد صرح الاصحاب بأن محل الخرص بعد بلوغ الغلة ، وهو عبارة عن انعقاد الحب ، واليه يشير قوله في صحيحة يعقوب المذكورة « فلما بلغت الثمرة » وقوله في رسالة محمد بن عيسى قال « وقد بلغ قلت : نعم قال : لا بأس » .

وأما ان استقراره مشروط بالسلامة بمعنى أنه لو تلفت الغلة بأفة من جهة الله تعالى فلا شيء عليه ، ولو تلف البعض فبالنسبة ، فلاخبار خالية منه ، مع ظهور منافاة ذلك الحكم باللزوم بعد القبول كما عرفت ، الا أن ظاهر الاصحاب عدا ابن ادريس الاتفاق على الحكمين المذكورين .

قال في المسالك - بعد أن ذكر أن المشهور ان لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة - ما لفظه والحكم بذلك هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو من اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع ، داني لهم به ، وانما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه ، وتبعه عليه الباقر معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم ، انتهى .

وهو كما ترى ظاهر في توقفه في الحكم بذلك ، وظاهر المحقق الاردبيلي (قده) الميل الى ذلك بتكلف بالوجوه المصححة له حيث قال : وجه توقفه على السلامة من الافات السماوية والارضية أنه بمنزلة معاملة مشرطة بقبض العوض ، ووصوله

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٥ ح ٥١ . الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٦ ح ٣ .

الريد صاحبه ، فلو لم يسلم لم يحصل ذلك كالمبيع اذا تلف قبل القبض ، الى أن قال :
فالحكم غير خال من وجه مع شهرته ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، اذ المخالف غير
ظاهر - مع التبع ، غير ما نقل عن ابن ادريس رحمه الله ، من منع هذه المعاملة .
وهو غير جيد للنصوص المتقدمة وعموم أدلة العقود والشروط نعم قد يحصل
التردد في بعض اللوازم ، مثل توقفه على السلامة ، مع كونه لازماً ، على ذلك غير
بعيد لما قد مناه مع عدم الخلاف من القائلين به فتأمل ، انتهى .

وبالجملة فان الحكم المذكور محل الاشكال لما عرفت من ظهور الاخبار
في لزوم هذه المعاملة وصحتها وقضية ذلك ان ذهابه بالافه من مال المتقبل
خاصة ، مع ظهور اتفاقهم على خلافه كما عرفت .

وقال في المسالك بعد ذكر تخيير الزارع في القبول وعدمه : ما لفظه وعلى
تقدير قبوله يتوقف نقله اليه على عقد - كغيره من الاموال - بلفظ الصلح أو
التقيل على ما ذكره الاصحاب .

أقول : لا يخفى أن غاية ما يفهم من الاخبار المتقدمة التي هي المستند في
هذه الاحكام هو حصول التراضي بينهما كيف اتفق ، كما هو القدر المحقق من
الاخبار في سائر العقود التي اشترطوا فيها ما اشترطوه من القيود الكثيرة ، نعم
يمكن القول بكون ذلك من قبيل الصلح ، فانه كما تقدم تحقيقه ، لا شرط فيه
زيادة على ما يدل على التراضي بينهما بالالفاظ الجارية في المحاوره في ذلك
المقام .

اذا عرفت ذلك فاعلم انه قد قال الشيخ في النهاية : ومن زارع أرضاً على
ثلك أو ربع وبلغت الغلة جاز لصاحب الارض أن يخرص عليه الغلة ، ثمرة كانت
أو غيرها ، فان رضى المزارع بما خرص أخذها وكان عليه حصه صاحب الارض ،
سواء نقص الخرص أو زاد ، وكان له الباقي ، فان هلكت الغلة بعد الخرص بآفة
سماوية لم يكن عليه للمزارع شيء انتهى ، وعلى هذه المقالة وما تضمنته من

جميع الاحكام جرى الاصحاب ممن تأخر عنه .

وقال ابن ادريس : الذي ينبغي تحصيله انه لا يخلو أن يكون قد باعه حصته من القلة والثمرة بمقدار ما في نعمته من القلة والثمرة ، أو باعه الحصة بقلة من هذه الارض ، فعلى الوجهين معاً البيع باطل ، لانه داخل في المزانة والمحاولة ، وكلاهما باطلان وان كان ذلك صلحاً لا بيعاً فان ذلك بقلة وثمره في ذمة الاكار الذي هو الزارع فانه لازم له ، سواء هلكت الفلات بالافة السماوية أو الارضية ، وان كان ذلك الصلح بقلة من تلك الارض ، فهو صلح باطل لدخوله في باب الفرر ، لانه غير مضمون فان كان ذلك فالقلة بينهما سواء ، زاد الخرس أو نقص ، تلفت منهما أو سلمت لهما ، فليحفظ ذلك ، فهو الذي يقتضيه اصول مذهبنا ، وتشهده الادلة فلا يرجع عنها بأخبار الاحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً ، انتهى كلامه .

أقول : لا يخفى ان هذه الاصول التي يستند في غير مقام اليها والادلة التي نبذه بالاعتماد عليها ان كانت من الاخبار المعلومه من الائمة الاطهار (عليهم السلام) فهي لا تخرج عما رده هنا من هذه الاخبار ، لان الجميع مشترك في نسبته اليهم ، وثبوتهم عنهم (عليهم السلام) فان سماها أخبار آحاد ، لم ينقل عنهم في حكم من الاحكام الفقهية أخبار بطريق التواتر ، ليكون مقابلة لهذه الاخبار ، بل ليس الا هذه الاخبار المروية في الكتب الاربعة المشهورة ونحوها ، وان سماها بما ذكره ، وان كانت من القرآن فمن المعلوم بطلانه ، لان القرآن لم يتضمن أمثال هذه الجزئيات والخصوصيات ، وان كان الاجماع فهو غير حقيق بالاستماع ، ولا جدير بالاتباع ، وليس فيه الاتضيق المداد ، وتكثير السواد كما لا يخفى على أدنى ذي مسكة من العباد ، فضلا عن ذي الفهم النقاد .

ومن الاخبار الزائدة على ما قدمناه صحيحة الحلبي (١) عن أبي عبدالله

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣

(عليه السلام) أن أباه حدثه أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أعطى خبيراً بالنصف أرضها وتخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحه وقوم عليهم قيمة فقال لهم : أما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمن ، وأما أن أعطيككم نصف الثمن وآخذنه ، فقالوا : بهذا قامت السماوات والأرض .

على أن لقائل أن يقول أنه لا دليل على انحصار النقل في هذه العقود المشهور بينهم من البيع والصلح ونحوهما ، لوجود جملة من المواضع قد دلت الأخبار على حصول النقل فيها مع خروجها عن هذه المواضع ، كالأخبار الدالة على جواز قبالة الأرض بما عليها من الخراج ، وقد تقدمت في المسألة التاسعة والأخبار الدالة على جواز قبالة الأرض لمن يعمرها ويؤدى خراجها ويأكل حاصلها ، وقدمت في الشرط الثاني من شروط المزارعة ، فلتكن هذه الأخبار هنا من قبل ذلك ، وإن أمكن إدراج الجميع في الصلح ، إذ لا دليل على تخصيصه بما اصطالحوا عليه وخصوا به من الشروط .

وبالجملة فانه حيث تكاثرت الأخبار بصحة هذه المعاملة واستحقاق ذلك بعد التخيير والقبول وجوب دفع الحصة المشترطة على المتقبل ، فانه لا يلتفت الى كلامه ، وانما يبقى الاشكال فيما ذكره من اشتراط السلامة كما عرفت والله العالم .

الثانية عشر - نقل في المختلف عن ابن الجنيدي أنه قال : لو استعقت الأرض كان للمالك أن يطالب الزارع بقلع الزرع ، إلا أن يكون في ذلك ضرر على أهل الزكاة وغيرهم ، بتلف حقوقهم منه ، فان ضمنه رب الأرض لهم وقلع الزرع كان مخيراً بين أن يأخذ الجزء منه على تلك الحال ، وبين أن يضمن الذي غرّ الزارع قيمة نصف الزرع ثابتاً وسلم الزرع كله اليه .

ثم اعترضه فقال : والوجه أن للمالك قلع الزرع مطلقاً وان تضر أرباب الزكاة ، ويأخذ أرباب الزكاة نصيبهم من العين ، اذا تعلق بها الزكاة ، وله الرجوع

في الزرع بالاجرة ويرجع الزارع على الغار ، انتهى وهو جيد .

الثالثة عشر - روى ثقة الاسلام في الكافي والشيخ في التهذيب عن عبدالله بن سنان (١) في الصحيح ، انه قال : في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره ، فيقول تلك للبقر ، وتلك للارض ، وتلك للبذر ، قال : لا يسم شيئاً من الحب والبقر ، ولكن يقول: ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً وان شئت ثلثاً .

وعن سليمان بن خالد (٢) في الصحيح : قال : سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً ؟ قال : لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرأ فانما يحرم الكلام .

وروى الشيخ في التهذيب عن أبي الربيع الشامي (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) مثل التعبير الثاني: وزاد قبل قوله « وانما يحرم الكلام » ، ولكن يقول لصاحب الارض: ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط ولا يسمى بذراً ولا بقرأ .

وروى في القية عن أبي الربيع (٤) « عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يزرع أرض رجل على أن يشترط للبقر الثلث ، ولصاحب الارض الثلث ، فقال : لا ينبغي أن يسمى بقرأ ولا بذراً ، ولكن يقول لصاحب الارض : ازرع في أرضك ولك كذا وكذا مما أخرج الله تعالى . »

وروى في الكافي في الصحيح عن الحلبي (٥) « قال: سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً ؟ قال : لا ينبغي أن يسمى شيئاً فانما يحرم الكلام . »

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٧ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٠ ح ٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٩٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠ .

(٤) القية ج ٣ ص ١٥٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠١ ح ١٠ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٩ ح ٤ .

أقول : وهذه الاخبار قد اشتركت في الدلالة على تحريم اشتراط شيء للبقر والبذر كما عرفت ، ولم أقف على قائل بذلك الا في كلام ابن الجنيد وابن البراج .

قال ابن الجنيد : ولا بأس باشتراك العمال بأموالهم وأبدانهم في مزارعة الارض واجارتها ، اذا كان على كل واحد قسط من المؤنة والعمل ، وله جزء من الغلة ، ولا يقول أحدهم : ثلث للبذر ، و ثلث للبقر ، و ثلث للعمل ، لان صاحب البذر يرجع اليه بذره ، و ثلث الغلة من الجنس ، وهذا ربياً ، فان جعلت البذر ديناً جاز ذلك ، وقال ابن البراج : لا يجوز أن يجعل للبذر ثلثا وللبقر ثلثا .

والعلامة في المختلف بعد أن نقل عنهما ذلك واستدل لهما برواية أبي الربيع المروية في التهذيب قال : والوجه الكراهة ، ولا ربا هنا ، اذ الربا انما يثبت في البيع خاصة .

أقول : أنت خير بان الدليل غير منحصر في رواية أبي الربيع المذكور ، لما عرفت من الروايات الصحيحة الصريحة في التحريم غيرها ، وعدم ظهور الوجه لنا في التحريم لا يدل على نفيه فلعل هنا علة لا يدركها فهمنا ، على أن ما ذكره من اختصاص الربا بالبيع خاصة قد تقدم ما فيه ، وأنه ثابت في غيره أيضاً .

قال بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين في حواشيه على التهذيب : وقوله للبذر ثلثا وللبقر ثلثا يحتمل وجهين ، أحدهما أن يكون اللام للتمليك ، فالنهي لكونهما غير قابلين للملك ، وثانيهما أن يكون المعنى ثلث بازاء البذر ، و ثلث بازاء البقر ، فالنهي لثابتة الربا في البذر ، وقال العلامة في المختلف : بالكراهة ، وابن البراج وابن الجنيد ذهبوا الى الحرمة ، ولا يخلو من قوة ، انتهى .

تتميم نفعه عميم في استحباب المزارعة والغرس ، وما يقال ويفعل وقت الحرث والزرع ونحو ذلك قد استفاضت الاخبار باستحباب الزرع ، فروى

المشايع الثلاثة عن سيابة (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : سأله رجل فقال له : جعلت فداك أسمع قوماً يقولون : ان الزراعة مكروهة ، فقال : ازرعوا واغرسوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه ، والله ليزر عن الزرع وليغرسن النخل بعد خروج الدجال .

وروى في الكافي والفقيه عن محمد بن محمطة (٢) قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : ان الله تعالى اختار لأتبيائه الحرث والزرع كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء ، وزاد في الفقيه (٣) « وسئل عن قول الله تعالى « وعلى الله فليتوكل المتوكلون » قال : الزارعون .

وروى في الكافي عن سهل (٤) رفعه « قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : ان الله جعل أرزاق أتبيائه في الزرع والضرع لئلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء . وعن مسمع (٥) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : لما هبط آدم (عليه السلام) الى الارض احتاج الى الطعام والشراب فشكى ذلك الى جبرئيل (عليه السلام) فقال له جبرئيل : يا آدم كن حراثاً قال : فعلمني دعاء قال : قل : اللهم اكفني مؤنة الدنيا وكل هول دون الجنة ، وألبسني العافية حتى تهنتي المعيشة .

وروى في الكافي مرسلاً (٦) « قال : روى أن أبا عبد الله (عليه السلام) قال : الكيمياء الاكبر الزراعة .

وعن يزيد بن هارون الواسطي (٧) قال : سألت جعفر بن محمد (عليهما السلام)

- (١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٣٦ ح ٥٣ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ١ .
- (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٣ .
- (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٤ .
- (٤) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٣ ح ٢ .
- (٥) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٥ .
- (٦) الكافي ج ٥ ص ٢٦١ ذيل ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح ٨ .
- (٧) التهذيب ج ٦ ص ٣٨٤ ح ٢٥٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٥ ح ٣ .

عن الفلاحين فقال هم الزارعون كنوز الله في أرضه ، وما في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة ، وما بعث الله نبياً إلا زرعاً إلا يدريس فانه كان خياطاً .

وعن يزيد بن هارون (١) قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : الزارعون كنوز الانام يزرعون طيباً أخرجه الله عز وجل ، وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة يدعون المباركين .

وروى في الكافي عن السكوني (٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : سئل النبي (صلى الله عليه وآله) أي المال خير ؟ قال : الزرع زرعه صاحبه ، وأصلحه وأدى حقه يوم حصاده ، قال : فأى المال بعد الزرع خير ؟ قال : رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلوة ، ويؤتي الزكاة ، قال : فأى المال بعد الغنم خير ؟ قال : البقر تقود بخير وتروح بخير ، قال : فأى المال بعد البقر خير ؟ قال : الراسيات في الوحل والمطعمات في المحل . نعم الشيء النخل من باعه فانما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاحق اشتدت به الريح في يوم عاصف إلا أن يخلف مكانها ، قيل : يا رسول الله فأى المال بعد النخل خير ؟ قال : فسكت قال : فقام إليه رجل فقال له : يا رسول الله فأين الأبل ؟ قال : فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار ، تغدو مدبرة وتروح مدبرة ، لا يأتي خيرها إلا من جانبها الأشأم ، أما أنها لا تعدم الأشقياء الفجرة .

ورواه الصدوق في الفقيه مرسل (٣) قال : سئل النبي صلى الله عليه وآله الحديث ، ثم قال : معنى قوله لا يأتي خيرها إلا من جانبها الأشأم هو أنها لا تحلب ولا تتركب إلا من الجانب الأيسر .

وفي معاني الأخبار (٤) يقال الميد الشمال : الشوم ، منها قال الله تعالى

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ و ٢٦١ ح ٧ و الوسائل ج ١٣ ص ١٩٤ ح

٧ - الوسائل ج ٨ ص ٣٩٢ ح ١

(٣) الفقيه ج ٢ ص ١٩٠ ح ٦

(٤) معاني الأخبار ص ٣٢٢ ط طهران ١٣٧٩ .

« وأصحاب المشأمة » (١) يريد أصحاب الشمال .

وقال في الوافي : ومعنى قوله « لا تعدم الاشقياء الفجرة » ، أن الابل لا تزال
تجد اشقياء يتخذونها ، انتهى .

ونحوه نقل عن بعض المشايخ أيضا حيث قال : أريد أنه من جملة مفاصد الابل أنه يكون معها غالبا الاشقياء الفجرة ، وهم الجمالون الذين هم شرار الناس ، انتهى .

أقول : قد روى الصدوق في كتابي الاتصال ومعاني الاخبار (٢) عن الصادق (عليه السلام) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) : الغنم اذا أقيمت أقيمت واذا أدبرت أقيمت ، والبقر اذا أقيمت أقيمت ، واذا أدبرت أدبرت ، والابل أعنان الشياطين اذا أقيمت أدبرت واذا أدبرت أدبرت ولا يجيء خيرها الا من جانبها الا شأم ، قيل يا رسول الله : فمن يتخذها بعد ذا قال : فأين الاشقياء الفجرة . . .

وحينئذ فالظاهر حمل اجمال الخبر الاول على هذا الخبر ، ويكون حاصل المعنى في الخبر الاول أن هذا الكلام مني لا يصير سببا للناس في ترك اتخاذها ، فانه يتخذها الاشقياء الفجرة .

وروى في الكافي عن شعيب العرقوفي (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) :
« قال : اذا بذرت فقل اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حياً متراكماً » .

وعن بكير في الحسن (٤) قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة ، وقل : «أفرايتم حاتحرون ، أفأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون » (٥) ثلاث مرات ثم تقول بِلَ اللَّهِ الزارع ثلاث

(١) سورة الواقعة الآية ٩ .

(٢) معانی الاخبار ص ٣٢١ ، الوسائل ج ٨ ص ٣٩٣ ح ٤ ط طهران ١٣٧٩

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ ح ١، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٣

(٥) سورة الواقعة الآية ٦٢ و ٦٣

مرات ثم قل : اللهم اجعله حباً مباركا وارزقنا فيه السلامة ، ثم اثر القبضة التي في يدك في القراح .

وعن علي بن محمد (١) رفعه « قال : قال علي (عليه السلام) اذا غرست غرساً أو بستاناً فاقراً على كل عود أوجه سبحان الباعث الوارث ، فانه لا يكاد يخطئ انشاء الله تعالى .

وعن محمد بن يحيى رفعه (٢) عن أحدهما (عليهما السلام) « قال : تقول اذا غرست أو زرعت ومثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتي أكلها كل حين باذن ربها .

وروى الصدوق في كتاب العلل بسنده فيه عن عيسى بن جعفر العلوي (٣) عن آبائه أن النبي (صلى الله عليه وآله) قال : مر أخى عيسى بمدينة فاذا في ثمارها الدود . فسألوا اليه ما بهم ، فقال : دواء هذا معكم وليس تعلمون ، أنتم قوم اذا غرستم الاشجار صببتم التراب ، وليس هكذا يجب ، بل ينبغي أن تصبوا الماء في أصول الشجر ثم تصبوا التراب لكيلا يقع فيه الدود ، فاستأنفوا كما وصف فذهب عنهم ذلك .

وروى في الكافي عن ابن عرفة (٤) « قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) : من أراد أن يلقح النخيل اذا كان لا يجود حملها ولا يتبع النخل فليأخذ حيتانا صفارا يابسة فيدقها بين الدفتين ثم يذر في كل طلعة منها قليلا ويصر الباقي في صرة نظيفة ثم يجعله في قلب النخلة ينفع باذن الله تعالى .

وعن صالح بن عقبة (٥) « قال : قال لي أبو عبد الله (عليه السلام) قد رأيت حائطك فغرست فيه شيئاً بعد قال : قلت : قد أردت أن آخذ من حيطانك ودياً

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٥ و ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٤ و ٥

(٣) علل الشرايع ص ٥٧٤ ح ١ باب ٣٧٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٢ ح ١ .

(٤) و (٥) الكافي ج ٥ ص ٢٦٣ ح ٣ و ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٩٧ ح ١

و ص ١٩٨ ح ٢ من باب ٦ .

قال : أفلا أخبرك بما هو خير لك منه ، وأسرع ، قلت : بلى قال : اذا اينعت البسرة وهممت أن ترطب فاغرسها ، فانها تؤدى اليك مثل الذى غرسها سواء ففعلت ذلك فنبئت مثله سواء . «



المطلب الثاني في المساقاة

وهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها ، فالمعاملة بمنزلة الجنس ، لتناولها لجميع عقود المعاوضات ، وقولنا على الأصول بمنزلة الفصل ، يخرج به المزارعة ، وقولنا ثابتة لخراج ما لا يثبت لاصله ، وعرقه في الارض مثل الخضروات ، والورد الذي لم يفرس ، والمفروس قبل ثبوت عرقه واستقرارها ، ونقل في المختلف عن الشيخ أنه يجوز المساقات على البقل جرة بعد جرة للاصل ، ثم رده فقال : والا قرب المنع ، لانها معاملة على مجهول ، فتصح في موضع الاجماع ، انتهى .

وقولنا : بحصة من ثمرها يخرج به الاجارة ، فانها وان صحت على الأصول الثابتة لكن لا بحصة من الثمرة ، بل بأجرة معينة معلومة أو مضمونة ، وهل المراد بالثمرة هنا المعنى المتبادر ، أو ما يدخل فيه النماء للشجرة ، فتصح المساقاة على ما يقصد ورده ، وورقه ، كشجرة الحنا والتوت اشكال ، ولعل الأرجح الاول ، حملا لللفظ على المعنى المعهود المتبادر من اللفظ ، فلا تصح المساقاة الا على أصول لها ثمرة متعارفة ، ويؤيده عدم وجود نص في المساقاة على ما كان كذلك ، والاصل عدمه ، وأما دليل صحة هذه المعاملة فالاجماع والنصوص .

و منها صحيحة يعقوب بن شبيب (١) عن أبي عبدالله (عليه السلام) و فيها قال : سألت عن الرجل يعطى الرجل أرضه و فيها الرمان والتخل والفاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره و لك نصف مما خرج ، قال : لأبأس .
و صحيحة الحلبي (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « أن أباه حدثه أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها » الحديث .
والمراد أنه ، أعطى أرضها بالمزراعة و نخلها بالمساقاة ، ونحوه غيره من أخبار خيبر ، اذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في فصلين .

الفصل الاول في الاركان :

وهي خمسة ، العقد ، والمحل الذي تقع المساقاة عليه ، والمدة ، والعمل ، والفائدة ، وحينئذ فالبحث يقع في مقامات خمسة :

الاول - العقد ، وحيث كانت المساقاة عندهم من العقود اللازمة ، صرحوا فيها بما يشترط في غيرها من العقود اللازمة ، كالبيع وأمثاله ، فأوجبوا فيها الإيجاب والقبول ، بأن يقول : ساقيتك وعاملتك أو سلمت اليك ، وعقدت معك عقد المساقاة ، وقبلتك عملها ، ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على الانشاء بلفظ الماضي . قالوا : واللفظ الصريح من ذلك لفظ ساقيتك ، وزاد في التذكرة على ما تقدم من الالفاظ أتمهد نخلي بكذا وكذا ، وأعمل فيه كذا وكذا .

قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه : ويشكل بما مر في نظيره من عدم صراحة الامر في الانشاء ، ولا وجه لاجراج هذا العقد اللازم من نظائره ، وقد نوقش في الاكتفاء به في المزارعة بلفظ الامر مع الاستناد فيها الى النص ، وهو

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٠٢ ح ٢

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣

ص ١٩٩ ح ٢ .

منتف هنا ، وجريان المعاطات هنا بعيد ، لاشتمال هذا العقد على الفرر وجهالة العوض ، بخلاف البيع والاجارة ، فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين ، انتهى . وأنت خير بما فيه مما أسلفنا بيانه في غير مقام مما تقدم ، ولا سيما في كتاب البيع (١) وبالجمله فالمستفاد من الاخبار على وجه لا يعتريه شائبة الانكار ، هو الاكتفاء بالالفاظ الدالة على التراضي بذلك على أى نحو اتفق .

ومنها صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة ، فان ما اشتملت عليه من قول المالك « اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج » هو عقد المساقاة الذى أوجبوا ترتب أحكام المساقاة عليه ، وهو ظاهر أيضا فى أنه يكفى فى القبول الرضا الفعلى ، دون القولى كما تقدم نظيره فى المزارعة ، والمفهوم أيضا من أخبار خير ودفع النبى (صلى الله عليه وآله) أرضها ونخلها لهم بالنصف ، هو مجرد التراضي على ذلك بقول أو فعل بأى نحو كان ذلك .

على أن ما ادعوه من لفظ المساقاة فى هذه المعاملة - وتسميتها بهذا الاسم فضلا عن كونه أصرح ألفاظها - لم يرد فى خبر من الاخبار بالكلية ، وانما هو شىء اصطلاحوا عليه ، وتبعوا العامة فى التسمية بهذا الاسم ، ولفظ المزارعة وان وجد فى الاخبار إلا أن هذا اللفظ لم تقف عليه فى خبر منها بالكلية ، والذي وجدناه من أخبارها هو ما قد مناه وربما أطلق عليها فى بعض الاخبار لفظ القبالة .

وبالجمله فان ما ذكره فى المقام كما ذكره فى غيره نفخ فى غير ضرام لعدم ثبوته فى شىء من أخبارهم (عليهم السلام) التى هى المعتمد ، وعليها المعول فى النقض والابرام .

تنبيهات :

الاول - الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أنه يكون عقد المساقاة من العقود اللازمة ، واستندوا فى ذلك الى الأدلة العامة ، مثل قوله تعالى « أدفوا بالمعقود » (٢)

(١) ج ١٨ ص ٣٤٨

(٢) سورة المائدة - الآية ١ .

« والمسلمون عند شروطهم » (١) فلا يجوز لاحدهما فسخه الا مع التراضي والتقابل من الطرفين .

نعم ربما يعرض له البطلان بأسباب آخر من خارج ، مثل عدم حصول شرط ، والبطلان لعدم الانتفاع ، مثل انقطاع الماء ونحوه مما تقدم في المزارعة .

الثاني - لا خلاف في صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة بالكلية ، لظهور تأثير العمل في استحقاق الحصة ، مضافاً الى عموم الادلة البشار اليها آفاً ، وكذا لا خلاف في عدم الصحة بعدم الظهور على وجه لا يفيد العمل فيها زيادة .

وانما الخلاف فيها لو كان بعد الظهور ، وقد بقي عمل يحصل به الزيادة والنماء في الثمرة ، فقيل : بالصحة وهو اختيار المحقق بعد التردد في المسئلة واستجوده في المسالك ، وبه صرح العلامة في التذكرة ، قال (رحمه الله) في الكتاب المذكور : لا تصح المساقاة على ثمرة قد وجدت وبداصلاحها ، واستغنت عن السقي ، ولم يبق لعمل العامل فيها مستزاد اجمالاً ، لانها والحال هذه قد ملكها رب البستان ، ولم يحصل بالمساقاة زيادة الثمار ، والفرض بها تحصيل الثمان أو جودة أنبياعها ، واذا لم يحصل الفرض ، خلا العقد من الفائدة ، فيكون باطلاً ، وأما اذا كانت الثمار قد ظهرت ولم يبد وصلاحها ، فان بقي للعامل ما فيه مستزاد الثمرة كالتأجير والسقي واصلاح الثمرة جازت المساقاة ، تحصيلاً لتلك الفائدة ، انتهى .

وأيد القول بالصحة في المسالك أيضاً ، قال ولان العقد حينئذ أبعد عن الفرر للوثوق بالثمرة فيكون أولى مما لو كانت معدومة انتهى واليه يميل كلام المحقق الاردبيلي أيضاً ، والظاهر أنه المشهور وقيل : بعدم الجواز نظراً الى أن الثمرة اذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمنزلة القراض بعد ظهور الربح ، ولان المقصود من المساقاة ظهور الثمرة بعمله ، قال : في المسالك بعد نقل ذلك : وفيها منع

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ح ١ .

ظاهر ، والمسئلة لا تخلو من نوع توقف ، لعدم النص وان كان القول الاول لا يخلو من قوة ورجحان ، والله العالم .

الثالث - المشهور بين الاصحاب أنه لا تبطل المساقاة بموت المساقى ولا بموت العامل ، ولا بموتهما معاً .

وقال الشيخ في المبسوط : اذا مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة ، كالأجارة عندنا ، ومن خالف في الاجارة خالف هنا .

والظاهر هو القول المشهور ، لان ذلك هو مقتضى لزوم العقد حتى يقوم دليل على البطلان ، الا أن يكون المالك قد شرط على العامل العمل بنفسه ، فانها تبطل بموت العامل قبل ظهور الثمرة ، بلا اشكال .

و أما بعد ظهورها فاشكال ينشأ من حصول ملكه ، لما ظهر منها بالعمل السابق ، فلا يزول بموته ، ومن أن الظاهر من اطلاق المساقاة هو أن الملك مشروط باكمال العمل ولم يحصل ، فيكون الملك قبل ذلك بمنزلة المترزل ، وأطلق جمع من الاصحاب البطلان اذا شرط عليه العمل بنفسه .

وفيه ما عرفت ، ولعله بناء منهم على ما أشرنا اليه من أن ملك الحصة انما يستقر باتمام العمل ، والآنسب بما تقدم - من جواز المساقاة بعد ظهور الثمرة مع بقاء عمل يحصل به الزيادة فيها كما هو ظاهر المشهور - هو الاول من وجهي الاشكال هنا ، لا اشتراكهما في التبعض ، وعدم الاكمال .

ثم انه ان كان الميت المالك استمر العامل على عمله ، وقاسم الوارث ، لما عرفت من عدم بطلانها بموت أحد منهما ، وان كان الميت هو العامل ، رجع الامر الى التفصيل المتقدم من أنه مع شرط العمل عليه بنفسه ، هل موته قبل ظهور الثمرة ، أو بعدها ، وقد عرفت الكلام في ذلك .

وانما بقي الكلام فيما لم يشترط عليه العمل بنفسه ، بل هو في ذمته ، فانه يقوم وارثه مقامه في العمل ، الا أنه صرح في المسالك بأنه ليس للمالك منعه

فى هذه الحال ، ولا اجباره لوامتنع من العمل ، قال : لان الوارث لايلزمه حق لزم المورث الا ما أمكنه دفعه من ماله ، والعمل ليس بمال المورث ، فلا يجب على الوارث ، كما لا يؤدى الحقوق من مال نفسه ، ثم ان خلف العامل تركة تخير الوارث بين العمل ، وبين الاستيجار عليه من التركة ، فان امتنع منهما استأجر الحاكم عليه من التركة ، فان لم يتفق ذلك تخير المالك بين الفسخ والانفاق من ماله ، بنية الرجوع كما سيأتى تحقيقه فيما لوهرب العامل ، انتهى .

المقام الثانى - فى المحل الذى يرد عليه عقد المساقاة وهو كل أصل ثابت

له ثمرة ينتفع بها مع بقائه ، والمراد بالأصل الثابت كالنخل ، والشجر الذى له ساق ، فلا تصح المساقاة على نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر والبقول قال فى التذكرة : لا يثبت المساقاة عليها اجماعاً ، لان أصول هذه لابقاء لها غالباً واضمحلالها معلوم عادة ، ولا عبرة بالنادر اذ اثبت فى بعضها .

بقى الكلام هنا فى موضعين : أحدهما - ما لثمره له ، انماله ورق ينتفع به ، أوورد ، أو نحو ذلك كالحناء وشجر الورد والتوت ونحوها وقد تردد المحقق فى صحة المساقاة على ذلك ، ولم يرجح شيئاً ووجه الشارح فى المسالك التردد المذكور بأن منشاؤه من أن هذه المعاملة باشتغالها على ضرب من القرار ، بجهالة العوض على خلاف الأصل ، فيقتصر بها على محل الوفاق ، وهو شجر الثمر ، ومن أن الورق المقصود كالثمرة فى المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصلها به ، قال : وفى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله ، ثم قال : والقول بالجواز لا يخلو من قوة ، ومثله ما يقصد زهره كالورد ، انتهى ، والعلامة فى القواعد بعد أن استشكل فى الحكم المذكور مال الى الجواز .

أقول : ما ذكره فى المسالك من أن فى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله لم أقف عليه ، فان ثبت ذلك فلا معدل عنه ، والا فالحكم مشكل ، وترجيح عدم كما قد منا ذكره فى صدر البحث أقرب ، ولم أقف فى الاخبار على ما يتضمن

جواز هذا العقد ، الأعلى الخبرين المتقدمين ، ونحوهما أخبار خبير ، ومورد الجميع الشجر والنخل .

وبمثل ما ذكرنا صرح المحقق الأردبيلي أيضا ، فقال بعد أن نقل عن المسالك ذلك : ما رأيت شيئا خاصا إلا ما يدل على عموم الفواكه في الجملة ، ولعله يريد العمومات كما أشرنا إليه ، لكنها موجودة في الكتاب أيضا ، انتهى .

ثم انه لا يخفى أن التوت المذكور مع الحناء في كلامهم وأنه محل الاشكال والتردد ، مراد به الذكر منه ، وهو الذي لا يقصد ثمرته ، أما الاثنى المقصود منه الثمرة فانه لا اشكال ولا خلاف في جواز المساقاة عليه .

قال في التذكرة : أما التوت الاثنى فانه يجوز المساقاة عليه عندنا ، لانه منمر ، وأما التوت الذكر وما أشبهه مما يقصد ورقه كالحناء وشبهه ففي جواز المساقاة عليه خلاف ، والاقرب جوازها ، لان الورق في معنى الثمرة ، ولكونه مما يتكرر في كل عام ، ويمكن أخذه ، والمساقاة عليه بجزء منه ، فيثبت له مثل حكم غيره ، وكذا شجر الخلاف لانصافها التي تقصد كل سنة أو سنتين ، والاقرب الجواز في التوت بنوعيه ، وكلما يقصد ورقه أو ورده كالنيلوفر والياسمين والاس واشباه ذلك ، وكذا في فحول النخل ، لان لها طلع يصلح كشأ للتلقيح ، فأشبهه الثمرة .

قال المحقق الأردبيلي بعد نقل ذلك عنه : ولا يبعد قرب ماقر به ، لعموم «أوفوا» (١) و «المسلمون عند شروطهم» (٢) و «لان الناس مسلطون على أموالهم» (٣) فلهم ما يفعلون الا ما منع ، ثم أطال بنحو ذلك من التقريبات الى أن قال : ولولا نقل الاجماع المذكور - في شرح الشرايع في عدمها في غير

(١) سورة المائدة - الآية ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٢

ص ٣٥٣ ح ١ .

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

المغروس ونحوه - لكان القول بالجواز فيه متجهاً لما تقدم ، انتهى .
وبالجملة فالمسئلة لما عرفت غير خالية من شوب الاشكال ، قال في المسالك :
والتوت بالتائين المتناين من فوق وفي لغة فادرة بالتاء المثناة أخيراً ورد لها
الجوهرى .

أقول : قال في القاموس في باب التاء المثناة التوت القرصاد لغة في
المثناة ، حكاه ابن فارس .

الثاني : أنهم قالوا لوساقاه على ودى أو شجر غير ثابت لم يصح ، اقتصاراً
على موضع الوفاق ، أما لوساقاه على ودى مغروس الى مدة يحمل مثله فيها غالباً
صح ولولم يحمل فيها ، وان قصرت المدة المشتركة عن ذلك غالباً أو كان الاحتمال
على السواء لم يصح .

أقول : الودى بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء كغنى : فسيل
التخل ، قبل أن يغرس ، كذا ذكره في المسالك ، والذي في القاموس وكذا
في المصباح المنير للفيومي أنه صغار الفسيل ، وقال في كتاب مجمع البحرين :
و الودى بالياء المشددة : هو صغار التخل قبل أن يحمل ، الواحدة ودية ، ومنه
لوساقاه على ودى غير مغروس ففساد ، انتهى .

والفسيل على ما ذكره في كتاب المصباح هو ما ينبت مع التخل ويقطع
منها ، قال : الفسيل صغار التخل ، وهي الودى والجمع فسلان ، مثل رغيف
ورغفان ، الواحدة فسيلة ، وهي التي تقطع من الام أو تقطع من الارض ، فتغرس ،
وهو ظاهر في أن اطلاق الفسيلة عليها انما هو بعد القلع أو القطع ، وبه يظهر
أن اطلاقه في المجمع تفسير الودى بصغار التخل قبل أن يحمل لا يخلو من تسامح .
ثم ان ما أشار اليه من الحديث الدال على فساد المساقاة على الودى لم
نقف عليه في أخبارنا ، ولا نقله غيره في ما أعلم من الاصحاب ، اذا عرفت هذا
فاعلم أنه لوساقاه على ودى أو شجر غير ثابت لم يصح بلا خلاف نصاً وفتوى .

أما لو كان مفروضاً ثابتاً فإنه قد اشتمل على شرط الصحة من جهة المحل ، ولكن بقي الاشكال و تطرق الاختلال من جهة المدة التي توجد فيها الثمرة ، فان ساقاه الى مدة معينة لا يشتر ، مثل هذا الودى فيها علماً أو ظناً متأخماً بالنظر الى العرف والعادة ، أو يكون الاحتمالان متساويين في وجود الثمر تلك المدة وعدمه ، فإنها تكون باطلة لجهالة المدة ، وعدم الجزم بحصول الثمرة .

ولو فرض تخلف الظن بأن حصلت الثمرة في المدة ، فلا يبعد صحة العقد لحصول الاحتمال وقت العقد ، مع مطابقته الواقع فيأخذ العامل الحصة وحينئذ ينبغي تقييد ما ذكره بعدم الحصول فإنه كما عرفت لو حصلت لا يبعد الحكم بالصحة ، وعلى تقدير البطلان فإن كان العامل عالماً بذلك فليس له أجره المثل ، لانه متبرع كمن زارع على أن لا يكون له شيء أو استأجر على أن لا يكون له أجره . وان كان جاهلاً فله أجره المثل ، خصوصاً مع علم صاحب الارض ، فان ذلك مقتضى قاعدتهم المصرح بها في كلامهم من أنه متى بطل العقد فللعامل أجره المثل ، لان الحاصل لصاحب الارض خاصة لبطلان العقد ، فلا بد للعامل في مقابلة عمله من عوض ، وهو المراد بأجره المثل وان ساقاه الى مدة يحمل مثله غالباً صح وان لم يحصل الحمل على خلاف العادة . لان مناط الصحة تجويز ظهور الثمرة ، وظنه بحسب العادة فاذا حصل المقتضى صح ، وان تخلف الفرض منها كما لو ساقاه على شجر كثير فاتفق أنه لم يحمل تلك المدة ، وظاهرهم أنه ليس له أجره المثل هنا على جميع العمل ، لقدومه على ذلك ، وأنه يجب عليه اتمام العمل وان علم الانقطاع قبله ، فان عدم الثمرة غير قادح في صحة المساقاة اذا كان حصولها مظهرين عادة وقت العقد ، اذ هو المنطوق في الصحة كما عرفت ونظيره مالو تلفت الثمرة كلها أو أكلها الجراد أو غصبها غاصب ، فإنه في جميع ذلك يجب على العامل اتمام العمل ؛ ولا أجره له وان تضرر كما يجب على عامل المضاربة انقضاء المال وان ظهر الخسران ، بل هنا أقوى ، للزوم العقد وجوب العمل .

واستشكل الحكم المذكور في التذكرة ، واحتمل انفساخ العقد لو تلف الثمار بأسرها ، وأيّد المحقق الأردبيلي بعد نقل ملخص كلامه المذكور .
و فيه اشكال كما نقل عن التذكرة ، والظاهر عدم ، فان الظاهر أنه كالمعاوضة ، فمع عدم العوض لا ينبغي التكليف ، فانه مثل تلف المبيع قبل القبض ولو سلم في القراض ما ذكر لدليل ، فلا يقاس ولا يجيء المنع فيه أيضاً مع إمكان الفرق فتأمل ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لعدم الدليل الواضح فيها لا يخلو من شوب الاشكال ، كما في أمثالها من هذا المجال ، والله العالم .

المقام الثالث في المدة - المشهور بين الأصحاب اشتراط مدة معينة وأجل مضبوط في عقد المساقاة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، كقدوم الحاج وإدراك الغلة وإن كانت الغلة المعامل عليها وقوفاً فيما خالف الأصل ، واحتمل الفرر والجهالة على موضع اليقين ، وقال ابن الجنيّد : ولا بأس بمساقاة النخل وما شاكلة سنة وأكثر من ذلك إذا حصرّت المدة أو لم تحصر كذا نقل عنه في المختلف .

ونقل عنه في المسالك أنه اكتفى بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظراً الى أنه بالنسبة الى ثبوته عادة ، كالمفهوم ، ولأن المقصود منها هو العمل الى كما لها ولأن العقد مبني على الفرر والجهالة ، فلا يقدحان فيه ، ثم قال : والاجود الاول وان كان كلامه لا يخلو من وجه .

أقول : لا يخفى أن العبارة المنقولة عنه أعم مما نقله عنه في المسالك ، الا أن يحمل اطلاق عبارته على ذلك .

ومن ثم أنه احتج له في المختلف بعد نقل عبارته المذكورة فقال : احتج بأن ضبط الثمار يكفي عن الاجل ، اذا قصد ذلك .

ومارواه يعقوب بن شعيب (١) في الصحيح عن الصادق (عليه السلام) قال :

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٩٨ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٠٢ ح ٢ .

سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة ، فيقول : اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج قال : لا بأس .
ثم أجاب عن ذلك قال : والجواب المنع ، وعن الحديث أن نفى البأس لا يستلزم اللزوم ، انتهى .

وقال في المسالك : واعلم أن الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة كما قررناه ، وأما تركها رأساً فيبطل العقد قولاً واحداً ، ولأن عقد المساقاة لازم كما تقدم ، ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً ، ولا إلى مدة غير معلومة ، ولا بسنة واحدة ، لاستحالة الترجيع بلا مرجع .

أقول : ان ثبت كون عقد المساقاة من العقود اللازمة كما ادعوه ، فما ذكره جيد لحيود عنه إلا أني لأعرف لهم دليلاً على هذه الدعوى زيادة على ما يظهر من اتفاقهم على ذلك .

وربما كان الظاهر من عبارة ابن الجنييد المنقولة عن المختلف أنها هي الجواز كما قال به جملة من العامة ، ثم أنه مع تسليم ذلك فإنه لا يخفى أن المقصود من المساقاة هو أخذ العامل الحصة من الحاصل ، بعد القيام بالعمل .

وحينئذ فلو اتفقا على المساقاة على ثمرة عام واحد فالظاهر أنه لا يحتاج في التحديد إلى مزيد من التحديد بالثمرة المساقى عليها كما تقدم نقله عن ابن الجنييد ، وعليه يحمل صحيحة يعقوب بن شبيب المذكورة ، فكأنه قيل : فيها اسق هذا النخل والرمان والفاكهة إلى أن تأخذ حصتك من الثمرة وهو النصف .

فإنك قد عرفت مما أسلفناه أن ما اشتملت عليه من هذا اللفظ هو صورة عقد المساقاة ، إذ ليس في الخبر ما يدل على زيادة على ذلك ، وهو بحسب ظاهره غير مشتمل على المدة التي أوجبها في العقد ، فاللازم إما كونه جائزاً كما قدمنا ذكره ، فلا ينافيه الاخلال بالمدة ، لجواز الفسخ متى شاء أحدهما ، أو أنه لازم كما صرحوا به ، فلا بد من اعتبار ما ذكرناه ، وتقدير ما قدرناه ليتم ما ذكره .

وأما قول العلامة في المختلف في الجواب عن الرواية بعد استدلاله بها لابن الجنيّد أن نفى البأس لا يستلزم لزوم فليس بموجه ، لأنه إن سلم كون هذا عقداً كما هو ظاهر الرواية ، فلا بد له من الحكم بلزومه ، ونفى البأس إنما أريد به ذلك : بمعنى أنه عقد صحيح ، وإن منع كونه عقداً فلامعنى لنفى البأس عنه ، حيث أنه لقو من القول ، لامعنى له ولا ثمرة يترتب عليه .

ثم أنه لو لم يقع التحديد على الوجه المشهور ولا الوجه المنقول في المسالك عن ابن الجنيّد فظاهر كلامه الاتفاق على بطلان العقد ، لأن ظاهر عبادة ابن الجنيّد المتقدم نقلها عن المختلف هو الصحة في الصورة المذكورة ، والظاهر بعده ، إلا أن يحمل كلامه على حكمه بجواز عقد المساقاة دون لزومه ، كما تقدمت الإشارة إليه .

ولو اتفقا على المساقاة على أزيد من ذلك العام فإنه لا خلاف ولا إشكال في وجوب تعيين المدة بستين أو ثلاث أو أزيد أو أقل على حسب ما يتفقان عليه ووجهه ما تقدم في عبارته في المسالك ، والله العالم .

المقام الرابع في العمل - أعلم أن الظاهر من كلامهم في هذا المقام أن بعض الأعمال مع الإطلاق يختص بالعامل وبعضها يختص بالمالك ، وجعلوا لكل منهما قاعدة فالذى يختص بالعامل هو كل عمل يتكرر كل سنة مما يحصل به نفس الثمرة وجودتها وزيادتها ، ومنها إصلاح الأرض بالحرث والحفر حيث يحتاج إليه وما يتوقف عليه من الآلات وتقنية الأجاجين ، جمع الأجاجه بالكسر والتشديد والمراد بها هنا الحفر التى يقف فيها الماء فى أصول الشجر التى تحتاج الى السقى .

وكذا تقنية الأنهار ، وإزالة الحشيش المضر وتهذيب جرائد النخل بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه كالأجزاء الثابتة من كرم العنب والأغصان اليابسة المضرة من الأشجار ، بل ولو كانت رطبة مع حصول الضرر بها ، كما فى شجر الكرم مما يجرى به العادة .

ومنها السقي ومقدماته المتكررة ، كالدلو والرشا واصلاح طريق الماء ، وتنقيتها من الحمأة ونحوها ، واستقاء الماء وأداة الدولاب اذا كان السقي من بئر ونحوه وتلقيح الاثني من الذكر ، على الوجه المعتاد والمعتبر ، وتعديل الثمرة أى اصلاحها بازالة ما يضرها من الاغصان والورق ، ليصل اليها الهواء أو الشمس أو لتيسر قطعها عند ارادة ذلك ، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوتاً لها عن الشمس المضرة بها ، ورفعها من الارض حيث تضربها ونحو ذلك ومنها اللقاط بفتح اللام وكسرهما وهولقاط الثمرة أى أخذها فى أوانها عن محلها بحسب العادة وحسب نوعها ووقتها فما يؤخذ عتبا ، أو رطباً ففى وقتها ، وما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته فى الوقت الصالح له ، وما يعمل ديباً فكذلك فى الوقت الصالح ، ويحتمل أن يراد باللقاط ارادة ماسقط من الشجر على الارض ، بمعنى التقاطه ، الا أن الاشهر فى كلامهم هو الاول ، ومنها أيضا اصلاح موضع التشميس وهو الموضع الذى يجعل فيه الثمرة للشمس لاجل يسها ان كانت العادة فيها ذلك ، كما فى بعض البلدان خصوصاً البحرين ، ونقل الثمرة الى ذلك الموضع ، وحفظها الى وقت القسمة ، وهل نقلها الى منزل المالك ان لم يتول المالك ذلك على العامل ؟ يحتمل ، - لانه من تمام العمل ، ولعموم د على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، (١) - وعدمه ، لانه ليس من أعمال الثمرة ، والظاهر الرجوع فى ذلك الى عرف البلد وعادة أهلها فى ذلك .

قالوا : والضابط أنه يجب العمل الى وقت القسمة ، هذا كله مع الاطلاق ، أما لو شرط بعضها على المالك فلا اشكال فى لزومه اذا لم يكن منافياً لمقتضى العقد ، عملاً بما دل على وجوب الوفاء بالشروط .

قالوا : لو أدخل العامل بشيء مما يجب عليه فان كان وجوبه بطريق الشرط فخير المالك بين فسخ العقد والزامه ، بمثل أجرة العمل ، فان فسخ قبل عمل شيء

فلا شيء له ، وان كان بعده فله الاجرة ، سواء كان قبل ظهور الثمرة أم بعده ، قضية للشرط ، وان كان وجوبه من حيث الاطلاق ، فألظاهر أنه يكون كذلك قبل ظهور الثمرة ، أما بعده ففيه نظر ، ولا يبعد الجواز ، ولو حصل على الاصل نقص بسبب التقصير لزمه الارش ، والظاهر أن الثمرة كذلك ، انتهى هذا بالنسبة الى العامل .
وأما المالك فالضابط في ما يجب عليه عندهم هو ما لا يتكرر في كل سنة ، وان عرض له في بعض الاحوال التكرار مما يتعلق نفعه بالاصول بالذات وان حصل النفع منه للثمرة عرضاً فانه على المالك دون العامل .

ومن ذلك حفر الابار والاتهار التي منها وبها تسقى الاصول ، وبناء الحائط ، قال في المسالك : ولا فرق في بناء الحائط بين جميعه وبعضه ، وفي حكمه وضع الشوك ونحوه على رأسه ، قاله في التذكرة ، ويشكل لو كان مما يتكرر كل سنة عادة طرداً لضابطين ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن بناء هذه الافراد المعدودة في كل من الموضعين وجعلها ضابطين انما هو على العرف والعادة ، والافاقه ليس هنا تحديد شرعى في كل من الموضعين ، فينبغي أن يكون مناط الحكم في كل من الموضعين هو ذلك .

ومنها عمل ما يستقى به من دولاب وأدواته ونحو ذلك من آلات السقى مما لا يتكرر غالباً ، دون ما يتكرر غالباً كالدلو والرشاء ، فانه قد تقدم أن ذلك على العامل ، خلافاً لابن ادريس (رحمه الله) حيث أوجب الجميع على العامل ، والمشهور وبه صرح الشيخ ان الكش على المالك ، والعامل انما عليه التلقيح ، واستندوا في ذلك الى أن الكش ليس بعمل ، وانما هو من الاعيان والعامل انما عليه العمل ، وأن الاصل البرائة من وجوبه على العامل .

ونقل عن ابن ادريس أنه على العامل ، واستحسنه في الشرايع ، ونقل عن ابن ادريس التعليل بأنه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبين على العامل .
قال في المسالك : والاولى الرجوع الى العادة ومع عدم اطرادها في شيء فالاولى التعمين ، انتهى .

قال في التذكرة : ان شراء الزبل وأجرة نقله على رب المال ، لانه ليس من العمل ، فجرى مجرى ما يلقح به ، وتفريق ذلك على الارض على العامل ، كالتلقيح ، انتهى .

وبالجملة فالظاهر أن الكش مثل الخيوط بالنسبة الى الخياط ، والعداد والقرطاس للكاتب في كون الجميع على المالك ، وانما على العامل العمل بذلك ، الا أن تجرى العادة بخلاف ذلك لما أشرنا اليه آنفا من بناء الضابطين المتقدمين على العرف والعادة .

بقي الكلام هنا في مواضع : الاول - قد تقدمت الاشارة الى أن جميع ما ذكر سابقاً مما يجب على المالك والعامل انما هو من حيث اقتضاء الاطلاق ذلك ، فلو وقع الشرط منهما على خلاف ذلك بأن شرط ما على المالك من تلك الاعمال على العامل ، فالمشهور الصحة بعد أن يكون ذلك معلوماً بينهما على وجه لا يَحْتَمِلُ الضرر ، وكذا لو شرط بعضه بطريق أولى .

قال الشيخ في المبسوط : وعلى المالك ما فيه حفظ الاصل ، وهو سد الحيطان ، وانشاء الانهار ، فان شرط على العامل ذلك او بعضه قال قوم : تبطل المساقاة ، لانه شرط ليس من مصلحة العقد ، وينا في مقتضاه ، والذي يقوى في نفسى أنه لا يمنع من صحة هذا الشرط مانع ، انتهى .

وقال ابن الجنيدي : ليس لمالك الارض أن يشترط على المساقى احداث أصل جديد من حفر بئر وغرس يأتي به لا يكون للمساقى في ثمرته حق ، ولو جعل له على ذلك عوضاً في قسطه ، لان ذلك يبيع للثمرة قبل خروجها فان جعله بعد ما يبيع للثمرة جاز .

قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : والوجه ماقواه الشيخ ، لقوله (عليه السلام) (١) « المؤمنون عند شروطهم » سواء جعل له زيادة قسط أم لا وليس ذلك بيعاً ، انتهى وهو جيد .

ولو شرط ما يجب على العامل على المالك ، فان كان المشروط جميع العمل ، فالظاهر أنه لا خلاف في بطلان المساقاة ، لان الحصة انما يستحقها العامل في مقابلة العمل فاذا لم يعمل شيئاً لم يستحق شيئاً ، وأيضاً فانها تصير كالبيع بغير ثمن ، والاجارة بغير مال في مقابلتها ، وبالجمله فانها من عقود المعاوضات يترتب صحتها على وصول العوض لكل من الطرفين .

نعم لو كان المشروط بعض العمل وأبقى لنفسه منه شيئاً ، وكان مما يحصل به الزيادة في الثمرة ، فانه لامانع منه ، ولعموم ادلة لزوم الشرط ، وتكون الحصة حينئذ في مقابلة ذلك .

وظاهر الشيخ في المبسوط الخلاف هنا ، حيث قال : اذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه ، فالمساقات باطلة ، لان موضوع المساقاة أن من رب المال المال ، ومن العامل العمل ، كالتقراض ، فاذا شرط على رب المال العمل بطل كالتقراض .

ورده العلامة في المختلف بأنه قد سوغ أن يشترط العامل على المالك أن يعمل معه غلامه ، وأن يكون على المالك بعض العمل ، وقواه لانه لامانع منه ، وهذا نفس ذاك ، انتهى و هو جيد .

ونقل أيضاً أنه قال في المبسوط : اذا ساقاه على أن أجرة الاجراء الذين يعملون ويستعان بهم من الثمرة ، فالعقد فاسد ، لان المساقاة موضوعة على أن من رب المال المال ، ومن العامل العمل ، فاذا شرط أن يكون أجرة الاجراء من الثمرة كان على رب المال المال ، والعمل معاً ، وهذا لا يجوز ، ثم رده بأن الاقوى الجواز اذا بقي للعامل عمل لما بيناه ، انتهى .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر اطلاق كلام العلامة هو ترتب الصحة على بقاء شيء من العمل - اللازم للعامل - أعم من أن يكون مما يترتب عليه الزيادة في الثمرة أو لا بأن يكون كمجرد الحفظ لها ، والذي صرح به في المسالك هو ما

قد مناه من أنه لابد من أن يكون مما يحصل به الزيادة في الثمرة ، ولا يكفي ما فيه مجرد الحفظ ، قال : ولو بقي للعامل ما لا يحصل به مستراد الثمرة كالحفظ لم تصح ، أيضاً ، لمنافاة وضع المساقاة ، كما لو ساقاه وقد بقي من العمل ذلك . نعم لو جملا ذلك بلفظ الاجارة مع ضبط المدة صح ، انتهى .

وظاهر ابن فهد في المذهب الاكتفاء بمجرد العمل ، كالحفظ والتشميس والكيس في الظروف ونحو ذلك ، وظاهره جواز المساقاة بمجرد بقاء هذه الاعمال ، والاظهر الاول ، فانه هو المستفاد من الأدلة ، وغيره لا دليل عليه والله العالم .

الثاني : قالوا : لو شرط العامل أن يعمل غلام المالك معه جاز ، أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص مال العامل فيه تردد ، والاشبه الجواز .
أقول : هنا مقامان : أحدهما - أن يشترط العامل على المالك عمل غلامه معه في مال المساقات ، وظاهر الاصحاب هو الجواز من غير ظهور مخالف ، وإنما المخالف فيه بعض العامة ، مستنداً الى أن يد العبد كيد مالكه ، وعمله كعمله ، فكما لا يصح اشتراط عمل المالك فكذلك غلامه المملوك له ، ولانه مخالف لو وضع المساقاة ، وهو أن يكون من المالك المال ، ومن العامل العمل . وأجيب عن ذلك أولاً بأن عمل غلام المالك مال له ، فهو ضم مال الى مال ، كما أنه يجوز في القراض أن يدفع الى العامل بهيمة يحمل عليها ، والفرق بين الغلام وسيداه ظاهر ، فان عمل العبد يجوز أن يكون تابعاً لعمل العامل ، ولا يجوز أن يكون عمل المالك تابعاً له ، لانه هو الاصل و يجوز في التابع مالا يجوز في المنفرد .

وثانياً منع حكم الاصل لما عرفت آنفاً من جواز أن يشترط العامل على المالك أكثر العمل ، فاذا جاز ذلك بالنسبة الى المالك فمملوكه أولى بالجواز .
وثانيهما - أن يكون الشرط في عمل الغلام العمل في ملك العامل خاصة ،

بأن يكون الارض للعامل بخصوصه لافي مال المساقاة ، كما هو المفروض أولا ،
وظاهر المحقق والعلامة وقوع الخلاف هنا من أصحابنا ، لتردد المحقق في
الشرايع في ذلك ، وان رجح الجواز ، وكذا العلامة ، الا أن شيخنا الشهيد
الثاني في المسالك بيه هنا على أن الخلاف في هذا المقام انما هو من الشافعي ،
وظاهره أنه لاخلاف بين أصحابنا في الجواز ، حيث قال : والمعروف أن المانع
من ذلك الشافعي ، لكن المصنف (رحمه الله) والعلامة ذكرا المسئلة على وجه
يشعر بالخلاف عندنا ، وقد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة .

أقول : وفيه تأييد لما قدمناه من أن أصل هذه التفرعات كلها أو جلها
انما هي من العامة ، حيث أنه ليس لقدماء أصحابنا أثر في ذلك ، ثم ان الشيخ
تبعهم في ذلك ، واقتفى أثره من تأخر عنه ، ووجه الجواز عند أصحابنا أنه وجه
سائق لامانع من اشتراطه ، ولانه اذا جاز أن يعمل في المشترك بينه وبين مولا
كما في الفرض الاول ، فلان يجوز في المختص بطريق أولى .

ووجه المنع أنه شرط عملا في مقابلة عمله ، فصار في قوة اشتراط جميع
العمل على المالك ، وأجابوا عنه بأن فساد ظاهر .

أقول : ويمكن أن يقال : بناء على تعليلاتهم في أمثال هذا المجال بأنه
لايصح ذلك لو فرض أن عمل الغلام أكثر أو مساو لعمل العامل في مال المساقاة
لانه يلزم كون الحصة التي يأخذها العامل بغير عوض ، لان عمل العامل قد وقع
في مقابلة عمل الغلام في أرضه ، فلم يبق له عمل يستحق به الحصة ، ويصير عقد
المساقاة بلا عوض من جانب العامل ، فيلزم بطلانه ، وربما أمكن الجواب بأنه
لامانع من جعل عمل الغلام وان كثر في مقابلة بعض عمل العامل وان قل ،
وتصير الحصة في مقابلة البعض الباقي ، ويؤيده الادلة العامة من وجوب الايفاء
بالمقود والشروط .

وكيف كان فالركون في أمثال هذه الفروع الى هذه التعليلات لا يخفى
ما فيه كما أسلفنا التنبيه عليه في غير مقام مما تقدم ، والله العالم .

الثالث - المشهور بينهم أنه لو شرط العامل على المالك أجره الاجراء بأن يستأجر للعمل لأجراء لاعاته ، ويدفع الاجرة من الثمرة على وجه يبقى له من العمل ما يحصل به الزيادة في الثمرة ، كما تقدم فلا بأس ، وقد تقدم في الموضع الاول نقل خلاف الشيخ في هذه المسئلة ، وقد عرفت ضعفه .

ولو شرط العامل على المالك بأن يستأجر على جميع العمل بحيث لا يبقى له الا استعمال الاجراء والقيام عليهم ، والسمرة ، قال في المسالك : في صحة هذا الشرط وجهان : أحدهما الجواز ، لان ذلك عمل تدعو الحاجة اليه ، فان المالك قد لا يهتدى الى الدهقنة واستعمال الاجراء ، ولا يجد من يباشر الاعمال ويأتمنه فتدعوه الحاجة أن يساقى من العرق ذلك لينوب عنه في الاستعمال .

وثانيهما المنع للشك في أن مثل ذلك يسمى عملاً من أعمال المساقاة الذي هو شرط في صحتها ، فان المتبادر من أعمالها خلاف ذلك ، والعقود اما تكون بتوقيف الشارع ، خصوصاً في هذا العقد الذي هو على خلاف الاصل ، انتهى .

أقول : لا يخفى ضعف الوجه الاول من الوجهين المذكورين ، فالعمل على الثاني . والله العالم .

المقام الخامس في الفائدة - والكلام في هذا المقام يقع في موارد :

الاول - الظاهر أنه لا خلاف في أنه يشترط أن يكون للعامل جزء مشاع من الحاصل ليكون مساقاة كما مر في تعريفها ، فهنا شيان : أحدهما - الحصة ، والثاني - كونها شائعة في مجموع الحاصل ، فلو لم تكن شائعة بل كانت معينة كان ذلك اجارة ، وان وقع العقد بلفظ المساقاة لصحة ارتكاب التجوز في هذا الاطلاق ولو لم تكن حصة بالكلية كان العقد باطلا وكذا يبطل لو شرط أحدهما الانفراد بالفائدة وفساد هذا الشرط متفرع على اشتراط التشريك ، بمعنى أنه لما كان من شرط المساقاة أن تكون الفائدة شائعة في الحاصل فلو شرطها أحدهما

وافترد بها وميزها عن الحاصل في نخيل مفردة أو أشجار معينة ، خرج ذلك عن وضع المساقاة ، وما بنيت عليه ، فيبطل العقد حينئذ ، لكن يختلف الحكم في ذلك بين العامل والمالك ، فانه ان كان شرط الفائدة على الوجه المذكور وقع للعامل بطل العقد كما عرفت ، ومتى بطل لزم أن يكون الثمرة كلها للمالك ، وللعامل أجره المثل حينئذ ، كما يأتي بيانه - ان شاء الله - من أن كل موضع حكم بالبطلان فللعامل أجره المثل ، والوجه فيه أن العامل اما دخل في العمل للحصة معينة له ، وحيث لم تسلم له هنا لظهور بطلان العقد ، وجب الرجوع الى أجره المثل .

وان كان الشرط المذكور للمالك فالأقوى عندهم أنه لا أجره له لدخوله في العمل على وجه التبرع ، والمتبرع لا أجره له ولا حصة ، كما تقدم نظيره في القراض . وربما احتمل ضعيفاً استحقاق الاجرة لان المساقاة يقتضي العوض في الجملة ، فلا يسقط بالرضا بدونه ، وكذا يبطل لو شرط لنفسه شيئاً معيناً ، وما زاد بينهما ، وكذا لو قدر لنفسه أوطالا أو ثمرة ، نخلات معينة .

أقول : وهذا كله مما يتفرع على اشتراط الشيوع في الحصة ، والاشتراك المتفق عليه نصاً وفتوى في عقد المساقاة ، فان جميع هذه الصور خارجة عن ذلك ، ويؤكد البطلان زيادة على ما عرفت أنه اذا اتفق عدم حصول شيء من الحاصل الا ذلك المقدار المعين فلا يكون للآخر شيء بالكلية .

الثاني - قالوا : يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الاخر اذا كان العامل عالماً بمقدار كل نوع ، لان الغرض ثبوت حصة معلومة كيف كان ولولم يعلم مقدار أحد الانواع لم يصح ، لجهالة الحصة ، فان المشروط فيه أقل الجزئين ، قد يكون أكثر الجزئين ، فيحصل الغرر ، وكذا صرح به في المسالك .

أقول : ظاهر المحقق الا ردبيلي (رحمه الله) المناقشة في هذا المقام ،

حيث قال بعد ذكر عبارة المصنف في هذا المقام : اذا كان في البستان الذي ساقاه عليه انواع مختلفة من الثمرة واشترط الثلث من أحدهما ، والنصف من الآخر مثلاً صحح المساقاة ، بشرط علم العامل بمقدار كل نوع من تلك الانواع ، ومفهوم الكلام يدل على عدم الصحة لو لم يعلم وجهه للجهالة ، وكذا مفهوم الصحة لو لم يكن الحصة مختلفة ، بل اذا ساقاه على ذلك البستان بالنصف مثلاً صحح مطلقاً ، سواء علم مقدار الانواع أم لا ، وهو مشكّل فإن الجهالة واقعة ، فلو كانت مانعة من الصحة لمنعت هنا أيضاً ، وكونه مفهوماً من الكلام غير واضح ، فلا يبعد عدم الصحة بناء على اعتبار العلم وعدم الجهالة ، فتأمل ، انتهى وهو جيد .

وكيف كان فالمسئلة لخلوها عن النص لا يخلو الحكم فيها من الاشكال ، كغيرها من الفروع التي أكثروا فيها المقال والاقوال ، فان غاية ما يستفاد من نصوص المساقاة هو الحصة من حاصل ما اشتمل عليه البستان ، نوعاً واحداً كان أو أنواعاً عديدة ، علم كل منها على تقدير التعدد أم لم يعمل .

وأما صحة المساقاة مع تعدد الحصة بتعدد الانواع سواء كانت الانواع معلومة أو مجهولة فلا دليل عليه ، ورجوعه بنوع من الاعتبار في بعض الموارد الى الاول لا يكفي في الحكم بالصحة ، اذ لعل ثمة مانعاً لم تهتداليه ، سيما مع عدم الدليل عليه .

وملخص ذلك الرجوع في صحة العقود وبطلانها الى التوقيف ، والله العالم .

الثالث - قالوا : لو شرط مع الحصة من الثماء حصة من الاصل الثابت احتمل الصحة ، لمعوم الامر بالوفاء بالعقود ، والمؤمنون عند شروطهم (١) ، وان ذلك يجري مجرى اشتراط شيء غيره من ذهب أو فضة ، وهو جائز ، وان ذكروا البطلان نظراً الى أن مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة وأن الحصة من الاصول تدخل في ملكه بالشرط المذكور ، فلا يكون

العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعاً في ملك المالك ، ولا واجباً بالعقد ،
اذلا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه .

والى هذا الوجه مال في المسالك فقال : والقول بالمنع أوجه ، وترد
المحقق في الشرائع بعد أن حكم بعدم الصحة ، واستشكل في القواعد مع جزمه
بالمنع في الارشاد .

أقول : والظاهر هو المنع لما ذكر ، وزيادة ما قدمناه في سابق هذا
المورد .

الرابع - قالوا : يجوز أن يشترط رب الارض على العامل شيئاً من ذهب
أو فضة ، ويجب الوفاء به ، الا أن ذلك مكروه ، وعللوا الحكم الاول بعموم مادل
على الوفاء بالعقود والشروط وأنه مع ذلك غير مناف لمقتضى العقد ، لان الثمرة
مشتركة بينهما ، وهذا شرط زايد ، وأما الحكم الثاني فلم أقف لهم فيه على
مستند سوى ظهور اتفاقهم عليه .

قال في المسالك : وأما كراهته فهو المشهور بين الاصحاب لانعلم خلافاً في
ذلك ، ثم نقل عن العامة أنهم أطبقوا على منع هذا الشرط ، وأبطلوا به المساقاة ،
هذا مع سلامة الثمرة وعدم تلفها ، فلو تلفت أجمع أو لم تخرج ذلك العام بالكلية ،
فان ظاهرهم الحكم بسقوط الشرط المذكور ، اذلولا الحكم بسقوطه لكان اللازم
أكل مال بالباطل ، فان العامل قد عمل ولم يحصل له عوض في مقابلة عمله ،
فكيف يحكم عليه بوجوب الوفاء بالشرط المذكور ، فانه ضرر منفي بالايه
والرواية (١) ، وإيجاب استحقاقه بالشرط انما وقع بناء على سلامة العاقل وأخذه
الحصة ، على أن ما حكموا به من الصحة في أصل المسئلة غير خال من الاشكال
سيما في صورة زيادة ماضط من الذهب أو الفضة على مقدار الحصة ، أو المساواة
لاستلزام ذلك لذهاب عمله بغير عوض ، وهو خارج عن أفعال العقلاء ومعاملاتهم

بل ربما أدى ذلك إلى الحكم بعدم الرشد ، ولعله إلى هذا نظر العامة فحرموا ذلك ، وأبطلوا به العقد كما تقدم ذكره .

نعم لو كان هناك غرض صحيح يمكن ترتيب هذا العمل عليه يتم ما ذكر ، وبالجمله فان عندى فى أصل الحكم المذكور أعني صحة هذا الشرط اشكالا لعدم النص الواضح عليه ، وان احتمل ذلك بناء على ما ذكره من العمومات ، الا أنه لخروجه عما هو المعلوم من طريقة ارباب العقول ومعاملاتهم المحتمل للسفاهة محل اشكال ، أما لو كان هذا الشرط من العامل على المالك مضافا إلى الحصه المعينه ، فالظاهر أنه لا اشكال فيه ، وبه صرح الاصحاب أيضا .

والظاهر أنه لا كراهة فيه أيضا ، وبطريق الاولى فى ارتفاع الاشكال لو ذهبت الثمرة أولم تخرج ، فانه بعد العمل والتعب وذهاب حصته المقررة له لا وجه لسقوط هذا الشرط فى حقه ، بل الاولى والظاهر فى المعقول والمنقول هو دفعه اليه جبراً لما فاتته من ذهاب حصته ، وعوضاً عن خدمته .

وربما قيل : بمساواته للاول وهو خيال ضعيف وتوهم سخيف لما عرفت من الفرق بين الحالين ، والبون بين الصورتين ، ثم انه بالنسبة إلى الصورة الاولى لو كان التالف البعض خاصة ، فالمختار عندهم عدم سقوط شيء من الشروط ، لاصالة العدم ، ولان المعتبر حصول عوض العمل ، ولا اعتبار بكثرته وقلته ، ومن ثم لا يسقط من شروط العمل شيء ، بتلف بعض الثمرة أو أكثرها .

ونقل عن العلامة فى التذكرة أنه قال : يكره أن يشترط أحد هما لنفسه شيئاً من ذهب أو فضة ، وان شرط ذلك وجب الوفاء به مع السلامة ، وفيه على اطلاقه بحث يعلم مما قدمناه ، ثم الظاهر أن ما ذكره من الذهب والفضة انما خرج مخرج التمثيل فى المقام كما لا يخفى على ذوى الافهام والله العالم .

الخامس - قال المحقق فى الشرايع : ولو ساقاه بالنصف ان سقى بالتواضع وبالثلث ان سقى بالسبع بطلت المساقاة ، لان الحصه لم تتعين وفيه تردد .

قال في المسالك : وجه البطلان واضح ، لان العمل مجهول ، والنصيب مجهول ، فهو مثل بعثك بدينار مؤجلاً ونصفه حالاً ، ويحتمل صحة ذلك لتعيين الحصة على التقديرين ، كما تصح الاجارة اذا قال : ان خطته رومياً فلك كذا ، وان خطته فارسياً فلك كذا ، ومن ذلك يظهر منشاء التردد ، والاقوى البطلان ، ومسئلة الاجارة ان ثبتت فهي خارجة بدليل خارج ، انتهى .

أقول : ما فرضه المحقق (رحمه الله) هنا في المسئلة أظهر مما فرضه العلامة في الارشاد ، حيث قال : « ولو شرط فيما سقت السماء النصف ، وفيما سقى بالناضح الثلث ، أو شرط مع الحصة جزء من الاصل بطل » انتهى .

فان وجه البطلان على هذا الفرض غير ظاهر ، الامن حيث الجهل بكل من النوعين ، كما تقدم في المورد الثاني ، فمع العلم بكل منهما في الجملة يصح . وبالجملة فان هذا الفرض من أفراد تلك المسئلة فلا يكون الحكم كلياً ، كما هو ظاهر الاصحاب ، وبه يظهر أن ما فرضه في الشرايع ونحوه فرض المسئلة في القواعد أيضاً أظهر .

بقي الكلام في التردد المذكور في الفرض الاول ، فانه لا يبعد أن يقال بالصحة ، قوله - ان العمل مجهول ، والنصيب مجهول - قلنا : ان أريد الجهل من كل وجه فهو ممنوع ، لانه على كل من التقديرين معلوم ، والاختيار اليه في قبول أى العملين أراد ، وان أريد في الجملة أمكن أن يقال : انه غير مانع ، لان بناء هذه المعاملة انما وقع أيضاً مع المجهولية في الحصة كما صرحوا به ، فالجهل في الجملة غير ضائر ، وقد تقدم نظيره في مسئلة البيع بثمن مال معجلاً بأزيد منه مؤجلاً وان كان المشهور بينهم البطلان ثمة ، الا أن الرواية الصحيحة دلت على الصحة ، وان كان فيها اشكال من وجه آخر كما تقدم تحقيقه في المسئلة المذكورة .

وبالجملة فالمسئلة لخلوها من النص الواضح غير خالية من التردد ، والاشكال

ج ٢١ في كل موضع يحكم بفساد المساقاة فيه فللعامل اجرة المثل ٣٧٥

وان كان الاقرب هو الصحة ، لما ذكرناه ، ويؤيده أيضا ما ذكره من صحة الاجارة في أمثال الخياطة ، والله العالم .

الفصل الثاني في الاحكام :

و فيه مسائل : الاولى - المشهور في كلامهم أن كل موضع يحكم بفساد المساقاة فيه فللعامل أجرة المثل ، وللمالك جميع الثمرة ، أما الثاني فلأنها نماء ملكه ، ولم يحصل ما يوجب نقلها أو نقل شيء منها ، لظهور فساد العقد الموجب لانتقال الحصة الى العامل ، وأما الاول فلأنه لم يتبرع بعمله ، وإنما دخل فيه بناء على الحصة المشتركة له ، والحصة لم تسلم له لفساد العقد ، فلا بد لعمله من عوض وأجرة ، فوجب الرجوع الى أجرة المثل ، إلا أنه ينبغي تقييده بأمرين : أحدهما - أن يكون جاهلا بالفساد ، اذ لو كان عالماً به ومع هذا أقدم على العمل كان متبرعاً بعمله ، والمتبرع لشيء له شرعاً ، و ثانيهما أن لا يكون الفساد باشتراط المالك جميع الثمرة له ، لأنه مع فرض ذلك قد دخل على أن لشيء له من الثمرة ، وان كان جاهلاً يكون ذلك مفسداً للعقد .

وبالحيلة فانه على الفرضين المذكورين قد أقدم على العمل عالماً بأنه لا يستحق أجرة ولا حصة ، ثم ان ما ذكرناه من وجوب أجرة المثل في صورة الجهل بالفساد وعدم الفساد باشتراط المالك الثمرة لنفسه ، هو الظاهر من كلام جل الاصحاب كما أشرنا اليه آنفا .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني أن الواجب أقل الامرين من الحصة المشتركة وأجرة المثل ، قال بعد الكلام في المسئلة : ينبغي على ما قررناه أن يثبت للعامل أقل الامرين من الحصة المشتركة ، وأجرة المثل ، لان الأقل ان كان هو الاجرة فظاهر ، لان فساد العقد أسقط الحصة ، فيرجع الى الاجرة ، وان كان الأقل هو الحصة فالعامل أقدم على أن لا يكون له سواها في مقابلة عمله ، حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل ، لكان مسقطاً للزائد ، فيكون متبرعاً بالزائد على هذا التقدير ،

كما يتبرع على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك ، وعلى تقدير علمه بالفساد .
ثم قال : ويمكن أن يجاب بالفرق بين الموضعين فانه على هذا التقدير لم
يقدم على التبرع بعمله أصلاً ، بل كما يحتمل أن يكون الحصة قاصرة عن مقابلة
العمل ، يحتمل مساواتها له وزيادتها عليه أضعافاً مضاعفة ، فهو قادم على عمل
محتمل للزيادة والتقصان ، فليس متبرعاً به مطلقاً وان احتتمل قصوره في بعض
الاحوال ، بخلاف العالم وشرط جميع الحصة للمالك ، فانه قادم في ابتداء الامر
على التبرع المحض على كل تقدير .

وهذا الفرق لا بأس به ، وان كان ما اقتضاه البحث متوجهاً أيضاً ، وأكثر
الاصحاب أطلقوا وجوب أجرة المثل مع الفساد ، وفيه تردد ، انتهى .

أقول : لقائل أن يقول في تأييد القول المشهور وبيان أنه صحيح عار عن
القصور : أن الحصة انما وجبت وتعينت بحيث لا يجوز الزيادة عليها ولا التقصان من
حيث اشتراطها في العقد ، ولما بطل العقد بطل التعلق بها والرجوع اليها ، وان كان
المالك قد رضى بها في العقد على تقدير صحته ، وصار الحكم مبنياً على قاعدة
أخرى من كونه عملاً موجباً للأجرة ، وأن الداخل فيه انما دخل بذلك ، ولكن
لم تسلم له لظهور استحقاقها أوفسادها فلا بد لعمله من أجرة ، ورضى العامل
بتلك الحصة على تقدير صحة العقد لادخل له هنا ، لان تلك المعاملة قد بطلت ،
ورجعنا الى مسألة أخرى كما ذكرناه ، وهذا حق أوجب له الشارع ، بناء على
الفرض المذكور ، ورضاه بأقل منه لو كان في تلك المال لا يوجب الحكم عليه به
هنا ، الا أن يتجدد منه رضاً آخر بذلك .

وقد تقدم نظير ذلك في المزارعة في مسألة مالو اختلفا في المزارعة أو
العارية ، بأن ادعى المالك المزارعة وادعى العامل العارية ، والله العالم .

الغائبة - قالوا : اذا استأجر المالك أجيراً للعمل بجزء من الثمرة ، فان
كان قبل ظهورها بطلت الاجارة من غير خلاف ، لما قرعند هم من أن عوض

الاجارة يجب أن يكون موجوداً معلوماً كموض المبيع ، والحال أنه هنا ليس كذلك كما هو المفروض ، وجواز ذلك في المساقاة ، حيث أنهم قد اتفقوا على جواز العوض فيها مع الجهالة ، وعدم الوجود خرج بالنص والاجماع ، مؤيداً بمساس الحاجة الى ذلك ، وان كان بعد ظهورها ، فان كان بعد بدو صلاحها جاز بلا اشكال ولاخلاف ، وان كان قبل بدو الصلاح فانهم بنوا الحكم هنا فيها على جواز نقلها بالبيع في هذه الحال ، وقد تقدم الكلام في ذلك في الفصل الثامن في بيع الثمار من كتاب البيع (١) وذكر الخلاف في جواز البيع مطلقاً أو عدم الجواز الا بأحد أمور ثلاثة ضم ضمنية اليها ، أو شرط القطع ، أو عامين فصاعداً ، ومن ثم ان المحقق هنا اختار القول بالجواز بعد ظهورها ، وقبل بدو صلاحها ، بشرط القطع ، حيث ان مذهبه في البيع ذلك ، الا أن الواجب عليه كان أن يذكر الضمنية ، مضافة الى القطع ، والتخير بينهما كما هو مذهبه ثمة .

ولهذا اعترضه في المسالك بذلك ثم اعتذر عنه بما هو مذكور هناك ، والعلامة في القواعد صرح بالجواز مطلقاً ، فقال : ولو استأجره على العمل بحصة منها أو بجمعها بعد ظهورها ، والعلم بقدر العمل جاز ، والا فلا .

وأنت خبير بما في الحكم المذكور من الاشكال لعدم الدليل الواضح في هذا المجال ، والحمل على البيع كما ذكره محض قياس لا يوافق أصول الشريعة ، سيما مع ما قدمنا من الاشكال في اشتراط القطع في مسألة البيع .

بقي هنا اشكال آخر أيضاً في هذه الصورة على تقدير كون الاجرة جزء من الحاصل ، فانه متى قيل بصحة الاجارة هنا بشرط القطع ، والحال أن الثمرة مشتركة بين العامل والمالك ، فان الشرقة تمنع من التسلط على القطع ، فيتعذر التسليم لتوقف جواز القطع على اذن الشريك ، ومن ثم قيل : في هذه الصورة بعدم الصحة ، وقيل : بالصحة وهو اختيار المحقق في الشرايع نظراً الى امكان

القطع والتسليم بالاذن ، كما في كل مشترك ولو فرض امتناع الشريك من الاذن يمكن اذن الحاكم الشرعى ، والى هذا القول مال الشارح أيضاً فحكم بأنه الاصح ، أما لو كان الاجرة مجموع الحاصل فانه لا اشكال لاندفاع المحذور المذكور ، وكذا لو اكتفى بالضميمة عن اشتراط القطع كما أشرنا اليه ، فانه يندفع ذلك أيضاً ، الا أنك قد عرفت ما فيه من الاشكال .

وكيف كان فانه يشترط تعيين العمل المستأجر عليه كما هو مقتضى قاعدة الاجارة ، واليه يشير قوله في القواعد « والعلم بقدر العمل » ، والله العالم .

الثالثة - قال الشيخ في المبسوط : اذا قال : ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الاخر بالثلث بطلت ، لانهما يبعان في بيعة ، فانه ما رضى أن يعطيه من هذا النصف الا أن يرضى منه بالثلث من الاخر ، وهكذا في البيع اذا قال : بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيعني عبدك بخمس مائة ، فالكل باطل ، لان قوله : على أن تبيعني عبدك بخمس مائة ، انما هو وعد من صاحب العبد بذلك ، وهو بالخيار بين الوفاء به وبين الترك ، فاذا لم يف به سقط ، وهذا ما رضى أن يبيعه بألف الا أن يشتري منه العبد بخمس مائة ، فقد قصه من الثمن لاجله ، فاذا بطل ذلك رددنا الى الثمن ما نقصناه لاجله ، وذلك المردود مجهول ، والمجهول اذا أضيف الى معلوم كان الكل مجهولاً ، فلهذا بطل ويفارق هذا اذا قال : ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا ، والثلث من هذا ، حيث يصح ، لانه صفقة واحدة وعقد واحد ، وليس كذلك ههنا ، لانهما صفقتان في صفقة ، ألا ترى أنه لو قال : بعتك دارى هذه بألف على أن تبيعني عبدك بمائة بطل الكل ، ولو قال : بعتك دارى هذه وعبدي هذا معاً بألف ، الدار بستمائة والعبد بأربعمائة صح ، وكان الفصل بينهما ماضياً ، انتهى .

ورده جملة ممن تأخر عنه كالمحقق والعلامة وغيرهما ممن تأخر عنهما بما سيأتى ذكره .

وابن الجنيدي عكس الحكم الذي ذكره الشيخ فجوز ما منعه الشيخ ، ومنع ما جوزة ، حيث قال : ولا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة ، بعضها أشق عملاً من بعض ، الا أن يعقد ذلك على واحدة ، ويشترط في العقد على العقد الاخرى .

قال في المختلف بعد نقل كلامي الشيخ وابن الجنيدي : والوجه عندى جواز جميع هذه العقود في البيع والمساقاة ، وقد مضى البيع وبيننا صحته ، والشيخ أيضاً جوزة في موضع من المبسوط ، وهو الحق ولا جهالة هنا .

وقال في المسالك بعد ذكر ملخص كلام الشيخ وكلام ابن الجنيدي : والاقوى صحة الجميع ، وتنعى الجهالة التي ادعاها الشيخ ، لعموم الامر بالوفاء بالعقود ، وما يتضمنه من الشرط كالجزم منه ، ووجوب الوفاء بالشرط ، ولو فرض عدم الوفاء لا يقتضى ذلك رد الناقص من الثمن كما ادعاء ، بل يسلط المشروط له على الفسخ ، كما في الاخلال بغيره من الشروط .

وأما ابن الجنيدي (رحمه الله) فلم يذكر على ما ادعاء دليلاً ، ومقتضى الاصل جواز الامرين ، معاً ، انتهى وهو جيد .

وبالجملة فان مقتضى الاصول والقواعد الشرعية صحة العقد المذكور ، مع ما شرط فيه كغيره من العقود المشروطة بشروط سابقة فيصح العقد ويجب الوفاء بالشرط بمعنى أنه يلزم ذلك لوقوعه في عقد لازم ، فلو لم يف بالشرط تسلط الاخر على الفسخ على أحد القولين ، أو مع عدم امكان جبره على القيام بالعقد وما اشتمل عليه من الشرط كما هو القول الاول فيأثم على هذا القول بالاخلال بذلك كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع ، وأولى منه بالجواز ما منعه ابن الجنيدي والله العالم .

الرابعة - لو كانت الاصول لما لकिन فساقياً واحداً إما بايقاع العقد منهما معاً أو من أحد هما اصاله ودكالة ، فلا يخلو إما أن يكون الحصه المشتركة للعامل منهما سواء كالتنصف أو الثلث كان يقول أحدهما : ساقيتك على هذه الاصول اصاله ودكالة

بنصف حاصلها ولا اشكال في الصحة ، سواء علم العامل بقدر حصة كل منهما أم لم يعلم ، لان حصته معلومة من الجميع ، والجميع معلوم له أيضا ، فلا يضره الجهل بحصة كل منهما أو تكون متفاوتة ، بان شرط له أحدهما النصف ، والاخر الثلث فقال: ساقيتك من نفسي وعن شريكى على هذه الاصول على أن لك من حصتي النصف ومن حصة شريكى الثلث ، فلا بد في صحة العقد من علم العامل بحصة كل واحد ، لئلا يتجهل حصته لانه بمنزلة عقدين فلو ساقاه والحال هذه بطلت المساقاة ، ورجعت الثمرة الى المالكين ، وكان للعامل أجرة المثل كما تقدم ذكره .

قال في المسالك بعد البحث في المقام : ولا فرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين الاثنين والزايد عليهما ، فلو كان بستاقاً واحداً بين ثلاثة بالسوية فساقوا عليه واحداً يعلم بقدر النصيب على أن له من نصيب واحد النصف ، ومن نصيب الثاني الربع ، ومن نصيب الثالث الثمن ، صح ، وصح مسألتهم من أربعة وعشرين مخرج السهام في عدد الشركاء ، لكل واحد منهم ثمانية ، فللعامل من حصة الاول أربع ، ومن الثاني اثنان ، ومن الثالث واحد ، والباقي لهم على التفاوت المقرر ، ولو كانت البستان لسة ملاك بالسوية وساقوا عليه على أن له من نصيب واحد النصف ، ومن نصيب الثاني الربع ، ومن الثالث الثمن ، ومن الرابع الثلثين ومن الخامس الثلث ، ومن السادس السدس ، صح وصح مسألتهم من مائة وأربعة وأربعين لكل واحد منهم أربعة وعشرون فيأخذ العامل ممن شرط له النصف اثنتى عشر ، ومن الثاني ستة ، ومن الثالث ثلاثة ، ومن الرابع ستة عشر ، ومن الخامس ثمانية ، ومن السادس أربعة ، فيجتمع له تسعة وأربعون ، وللملاك خمس وسبعون يتفاوتون فيها على ما تقرر ، وطريق بلوغها ذلك أن مخارج الثلاثة الاولى متداخلة يكفى فيها مخرج الثمن ومخارج الثلاثة الاخيرة متداخلة يكفى فيها مخرج السدس ، فتبقى ستة وثمانون ، وبينهما موافقة بالنصف تضرب نصف أحدهما في الاخر ثم تضرب المرتفع ، وهو أربعة وعشرون في عدد الشركاء ، وقس على

هذا ما شئت من فروض المسئلة ذكرنا منها هذا القدر للتدرب ، انتهى .

الخامسة - اذا هرب العامل بعد العمل ، وقبل اتمامه قالوا : انه لا يصح للمالك الفسخ بمجرد ذلك ، لان المساقاة من العقود اللازمة لاتنفسخ بمجرد هرب العامل ولا يتسلط المالك على فسخها فيستصحب اللزوم حتى يثبت الفسخ كما لو امتنع عن العمل مع حضوره ، بل للمالك أن يطلبه ويجبره على العمل فان أبى مع حضوره أو تعذر طلبه مع هربه فان حصل من يقوم بالعمل تبرعاً ولو كان المالك بنفسه ، والا رفع الامر الى الحاكم فيطلبه ويجبره ، فان تعذر أخذ من ماله واستأجر عنه ، لاتمام العمل ، لانه مستحق عليه ، فان لم يكن له مال يستأجر بالدين عليه الى وقت الحاصل أو يستأجر من بيت المال قرضاً عليه ، ولو تعذر جميع ذلك اما لعدم الحاكم ، أو لعدم من يعمل له أو لعدم بسط يده ، أو لعدم امكان اثبات الحق عنده ، تخير المالك بين فسخ المساقاة دفعاً للضرر ، وبين ابقائها .

أقول : حيث كان الحكم المذكور غير منصوص لبالعموم ولا بالنصوص فللمناقشة فيما ذكره مجال ، وللقائل فيه مقال ، فانه يمكن أن يتطرق اليه الاحتمال بأن يقال : لو كان العقد يقتضي كون العمل من العامل خاصة أو أنه لا يوجب العمل المشترك من غيره ، فينبغي جواز الفسخ للمالك ، للزوم الحرج والضرر لو لم يجز له ذلك ، وان وجد باذل متبرع أو حاكم يعين من يقوم بالعمل فهو ظاهر بل يمكن القول بجواز الفسخ له مع الاطلاق أيضاً ، خصوصاً مع عدم الباذل ، وما ذكره من التكاليف بالرجوع الى الحاكم وما أوجبوه على الحاكم كله منفي بالاصل ويؤيده أن حقه ثابت في ذمة العامل ، فله أن لا يقبل من غيره ، ولا يجب عليه تحصيله من غيره وان أمكنه ، ولان الحصة انما جعلت له بشرط العمل فاذا امتنع عنه سقط حقه كما قالوا في البيع من أن لاحد المتبايعين الامتناع من حق الآخر على تقدير امتناع ذلك الآخر ، وكذا الاجارة .

وبعضه أيضاً أن شرط العمل هنا ليس بأقل من الشروط المذكورة في

العقود ، وهم قد صرحوا بأن فائدة الشرط على تهدير عدم الاتيان به ممن شرط عليه تسلط الاخر على الفسخ .

وبالجملة فان ما ذكره من الحكم الذى قدمنا نقله عنهم لا يخلو من شوب الاشكال لما عرفت ، ثم انهم قالوا فى صورة تخير المالك بين الفسخ وابقاء العقد مع تعذر العمل - على الوجه المتقدم تفصيله فى كلامهم - : انه ان فسخ المالك صارت الثمرة له ، وعليه أجرة المثل لذلك العمل الذى عمله العامل قبل هربه ، لانه عمل محترم صدر باذن المالك فى مقابلة عوض ، وقدفات العوض بالفسخ ، فيجب قيمته وهو المراد من أجرة المثل .

لكن انما يفسخ اذا كان ذلك قبل ظهور الثمرة ، اوبعد اذا لم يمكن بيعها اوبعضها للاتفاق على العمل ان لم يف به ، والا باعها اوبعضها ان أمكن الاجتزاء به ، والا فسخ لزوال الضرر ، ولولم يوجد رغب فى البعض مع الاكتفاء به فى العمل باع الجميع ، وحفظ الباقي للعامل ، وان لم يفسخ - واختار البقاء على العقد والحال على ما عرفت فقد اختلف كلامهم هنا ، فقيل : ان له أن يستأجر على بقية العمل ، ويشهد على ذلك ، ويرجع به على العامل ، ولولم يشهد لم يرجع سواء أمكنه الاشهاد أم لم يمكن ، لان الاشهاد شرط فى جواز الرجوع ، كاذن الحاكم فينتفى بدونه .

وظاهر المحقق الاردبيلي أنه يرجع أيضا فى صورة تعذر الاشهاد دفعا للضرر ، وللزوم العقد ، وحمل الاطلاق فى كلام من قال بهذا القول على التقييد بالامكان ، والمحقق فى الشرايع قد جزم هنا بأنه لولم يشهد لم يرجع ، وتردد فى الرجوع مع الاشهاد ، فقال : ولولم يفسخ وتعذر الوصول الى الحاكم كان له أن يشهد انه استأجر عنه ، ويرجع عليه على تردد ، ولولم يشهد لم يرجع .

قال فى المسالك : فى توجيه التردد : من لزوم الضرر بدون ذلك ، وهو منفى بالابة والرواية ، ومن أصالة عدم التسلط على مال الغير ، وثبوت شئ فى ذمته بغير أمره أو من يقوم مقامه .

أقول : يمكن الجواب بأن الضرر انما نشأ من اختياره عدم الفسخ ، والا فانه يمكنه اسقاطه بالفسخ ، لتسلطه على ذلك .

وقيل : انه يرجع مع تعذر الاشهاد لامع امكانه ، كما في اذن الحاكم دفعاً للحرَج والضرر ، وهذا القول لأعرف له وجهاً ظاهراً وقيل : انه يرجع مع الاتفاق بنية الرجوع مطلقاً أشهد له أم لم يشهد ، واليه مال في المسالك ، قال : وهو الأقوى اذ لا مدخل لشهادة الشاهدين في التسلط على مال الغير واثبات شيء في ذمته ، ولا ولاية لهما على العامل ، وانما فائدتهم التمكن من اثبات الحق ، وهو أمر آخر والمقتضى لعدم الرجوع هو نية التبرع أو عدم نية الرجوع ، ولا صلة عدم الاشتراط ، فعلى هذا يثبت حقه في ذمته في ما بينه وبين الله تعالى ، ويحتمل قويا قبول قوله بيمينه ، لان الاصل أن الانسان لا يتبرع بعمل يحصل به غرامة عن الغير ، انتهى .

وهو جيد بالنسبة الى تعليقات باقى الاقوال المذكورة هنا ، لكن قد عرفت ما في المسئلة من الاشكال لعدم الدليل الواضح القاطع لمادة القيل والقال ، مع ما قد منا ذكره من الاحتمال ، ثم انه على أى من هذه الاقوال متى تحقق الرجوع على العامل فانه ان أمكن الاخذ منه ، والا أخذ من الحصة التي له ، فان زادت على ذلك رد عليه ، وان نقصت كان الباقي ديناً عليه يتبع به ، والله العالم .

السادسة : قيل : اذا ادعى المالك أن العامل خان أو سرق أو أتلف أو فرط فتلف وأتكر فالتقول قوله مع يمينه ، وبتقدير ثبوت الخيانة هل يرفع يده أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمرة ، الوجه أن يده لا ترفع عن حصته من الربح ، وللمالك رفع يده عما عدا ، ولوضم المالك اليه أمينا كانت أجرته على المالك خاصة .

أقول : الكلام هنا يقع في مواضع ثلاثة : أحدها - أن ما ذكره من أن القول

قول العامل يمينه هو مقتضى القواعد الشرعية ، لانه في الحقيقة بالنسبة الى حصة المالك أمين ، كعامل القراض ، والاصل عدم ما ادعاه المالك ، فيكون القول قول المنكر يمينه .

قال العلامة في التذكرة انما تسمع دعوى المالك في ذلك كله اذا حرر الدعوى وبين قدر ما خان فحينئذ يقبل قول العامل يمينه ان لم يكن بينه ، واعترضه في المسالك بأن هذا الكلام منه بناء على أن الدعوى المجهولة لا تسمع ، مع أن مذهبه في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة .

ثم قال : فلو قلنا بسماعها كما هو الاقوى كفى في توجه الدعوى مجرد دعوى أحد هذه الامور من غير احتياج الى بيان القدر ، وهذه قاعدة بياها أليق ، فلا وجه لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى ، انتهى .

وثانيها ما ذكره من الوجه الجامع بين عدم رفع يده بالكلية ، وبين تصرفه في الجميع ، كالحال الاول فانه جيد ، ومرجه الى تصرفه في حصته خاصة ، ولكن لما كانت الحصة شائعة ومشتركة والتصرف فيها مستلزم للتصرف في مال المالك ، فانه يضم اليها المالك أميناً من جهته ، وكان الوجه في رفع يده بالكلية ، هو ما ذكرنا من أن اثبات يده على حصة يستدعي اثباتها على حصة المالك من حيث الاشتراك ، وعدم التمييز ، واثبات يده على حصة المالك غير جائز ، بل الواجب رفع يده عنها ، ولا يتم ذلك الا برفع يده عن حصته ، وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب ، فيجب عليه رفع يده عن حصته من باب مقدمة الواجب .

ورد مع - ظهور مخالفته للقواعد الشرعية و « أن الناس مسيطون على أموالهم » (١) - بأن اللازم منه ترجيح أحد الحقين بلا مرجح ، وأنه يمكن دفع ذلك بضم المالك للعامل أميناً من جهته .

وثالثها ما ذكره من أن أجره التائب على المالك خاصة ، والوجه فيه ظاهر ،

لانه قائم مقامه في حفظ ماله ، وعمله لمصلحته .

وخالف فيه بعض العامة فجعلها على العامل ، لان مؤنة الحفاظ عليه ، وفيه أن العامل انما يجب عليه العمل ، وهو باذل له ، وخيائته لا ترفع ذلك ، ولا يجوز أن يجعل الاجرة من الاصل ، لان في ذلك حق للعامل ، فلا يصح بدون اذنه ، والله العالم .

السابعة - لا خلاف في أنه لو ظهرت الاصول المساقى عليها مستحقة للغير ، بطلت المساقاة كما صرحوا به ، الا أنه يجب تقييده بناء على قولهم بصحة العقد الفضولي بعدم اجازة المالك ، لان الغاصب عندهم - داخل في الفضولي كما قد منا نقله عنهم في كتاب البيع ، (١) بل صرح به في المسالك هنا أيضا (قَالَ : ان المساقى الغاصب - لا يقصر عن كونه فضولياً ، فينبغي تقييده بما اذا لم يجز المالك المساقاة ، ثم اعترض على نفسه ، فقال : لا يقال : ان مثل ذلك لا يتصور فيه اجازة المساقاة مع وقوع العمل له بغير عوض ، فكيف ترضى بدفع العوض ، وهو الحصة مع ثبوتها له مجافاً ، ثم أجاب بأن هذا الاستبعاد انما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل ، والمسئلة مفروضة في ما هو أعم ، فيمكن أن يبقى من العمل ما يؤثر المستحق منه دفع الحصة في مقابلة الباقي ، لان الاغراض لا تنبسط ، انتهى وهو جيد لوقلنا بصحة الفضولي .

ثم انه مع الحكم ببطلان المساقاة فان الثمرة تكون لمستحق الاصل ، لانها نماء ملكه ، ولم يحصل الانتقال منه لا في الكل ولا في البعض ، وللعامل الاجرة على من ساقاه ، لانه استعمله بعوض لم يسلم له ، فيجب عليه دفع أجره المثل ، كما تقدم ذكره من أن كل موضع تبطل المساقاة فالواجب أجره المثل ، ويحییء على القول الاخر أقل الامرین كما تقدم أيضا .

هذا كله مع جهل العامل كما هو مقتضى عنوان المسئلة وسياق الكلام ،

والا فلو كان عالماً بالغصب لم يرجع على المساقى بشيء ، ولو هلكت الثمرة كملا
أوسرقت فلا شيء للعامل والفرق بين هلاكها وسرقها وبين استحقاق الميراث لها الموجب
لاجرة المثل أن ظهور استحقاقها موجب لبطلان العقد وبطلان العقد موجب لاجرة
المثل كما عرفت ، وأما في صورة هلاكها وسرقها فان العقد صحيح ، والعامل
شريك المالك بالحصة المقررة له ، فاذا تلف ذلك كان على الجميع .

ولو كان ظهور استحقاق الأصول بعد ظهور الثمرة فهذه صورتان : الاولى -
أن يكون الثمرة باقية ، ولا اشكال في وجوب ردها على المالك كما تقدم ،
الثانية : - أن يتلف الثمرة بعد اقتسامها بين المساقى والعامل ، فقيل : بأنه يرجع
المالك على كل منهما بما قبضه وأتلفه ، وهو المنقول عن الشيخ في المبسوط ،
وقيل : بأن له مع ذلك الرجوع بالجميع على الغاصب ، فيتخير بين الأمرين ،
وهو اختيار المحقق في الشرايع ، وقيل : له مع ذلك الرجوع على العامل بالجميع ،
فيتخير بين الأمور الثلاثة ، وهو اختياره في المسالك ، وهذا هو الموافق لقواعدهم
في الغصب ، من أن كل من وقع يده على المنصوب وتصرف فيه فللمالك .
الرجوع عليه .

قال في الشرايع : ولو اقتسما الثمرة ، وتلف كان للمالك الرجوع على الغاصب
بدرك الجميع ، ويرجع الغاصب على العامل بما حصل له ، وللعامل على الغاصب
أجرة عمله ، أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له ، وقيل : له الرجوع على
العامل بالجميع ان شاء ، لان يده عارية والاول أشبه ، الا أن يكون العامل عالماً به .
وقال في المختلف : اذا ظهر النخل مستحقاً بعد أن اقتسما الثمرة وأتلفاها
رجع المالك على العامل بنصف الثمرة ، لاجتماعها ، قاله الشيخ في المبسوط ، لانه
ما قبض الثمرة كلها ، وانما كان مراعيها حافظاً نائباً عن الغاصب ، فعلى هذا لو تلفت
كلها بغير تفریط فلا ضمان عليه ، والا قرب أن عليه الضمان في الموضعين للجميع
ويرجع على الغاصب ، لانه غار ، انتهى وهو ظاهر في اختياره جواز الرجوع على

العامل بالجميع كما اختاره في المسالك .

إذا عرفت ذلك فحجة القول الأول اشتغال ذمة كل منهما بمال المالك ، فيرجع على كل منهما بما أتلفه ، وعدم رجوعه بالجميع على العامل لما علله به في المختلف ، وأما حجة القول الثاني فبالنسبة إلى الرجوع عليهما ما عرفت ، وأما الرجوع على الغاصب بالجميع ، فلا نه الأصل في تلف الجميع من حيث تصرفه بالأخذ منه ، وإعطاء العامل منه ، وأما عدم رجوعه بالجميع على العامل فلما عرفت من التعليل المذكور في المختلف .

وحجة القول الثالث ما تقدمت الإشارة إليه ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى . - في كتاب الغصب وملخصه تنخير المالك في الرجوع على كل منهما بالجميع وبالبيع ، لأن كلا منهما ضامن لجميع الثمرة ، بوضع يده عليها ، وقوله في تعليل نفى ضمان الجميع عن العامل أنه إنما كان راعياً حافظاً نائباً عن الغاصب لا يمنع كون يده على الثمرة ، وإن كان بطريق النيابة ، والسبب الموجب للضمان هو ذلك .

وعلى هذا فإن رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بالحصصة التي قبضها وأتلفها ، لعدم استحقاقه لها بعد ظهور فساد العقد ، ورجع العامل على الغاصب بأجرة المثل مع جهله ، وإن رجع بالجميع على العامل رجع العامل على الغاصب بما استهلكه من الثمرة ، وبأجرة مثله مع جهله ، ومع علمه لا يرجع بالأجرة ، وإنما يرجع بحصصة الغاصب خاصة ، ولو رجع على كل منهما بما قبضه ، فليس لاحدهما الرجوع على الآخر بشيء من الثمرة ، نعم يرجع العامل على الغاصب بأجرة المثل مع الجهل كما عرفت .

بقي هنا صورتان آخران أيضاً : وهو أن يتلف الجميع في يد العامل ، أو يتلف الجميع في يد الغاصب ، قالوا في الأولى : أنه لا يرب في رجوعه على العامل بحصصة ، وكذا يرجع عليه بحصصة الغاصب ، لأنه وإن كان يده عليها يدأمانة بالنظر إلى ظاهر الأمر أولاً حيث أنه أمين من جهة المساقى ، إلا أنه بعد ظهور

الغصب فانه يرجع على الغاصب بما أخذه من المالك ، لانه غره ، فيرجع عليه ، لغروره له ، وفي الثانية يترتب على كون يد الغاصب يد أمانة أو يد ضمان ؟ فيترتب على كل منهما مقتضاه كما سيأتي - انشاء الله - تحقيقه في كتاب الغصب .

الثامنة - الخراج في الارض الخراجية ، وهي المفتوحة عنوة على المالك لانه بمنزلة الاجرة ، بل هو اجرة الارض مع خلوها عن الشجر ، وقد يوضع على الشجر المغروس فيها بواسطة الارض ، لان حق المسلمين انما هو في الارض لا في الشجر ، حيث انه مال المالك الذي غرسه ، الا أن يكون فيها وقت الفتح ، فانه للمسلمين أيضاً ، وبالجملية فان الارض والاشجار لما كانت ملكا للمالك فجميع ما عليها وما يحتاجان اليه يلحق بالمالك ، ومنه الخراج ، الا أن يشترط على العامل ، أو يشترط كونه بينهما ماعاً ، وحينئذ فلا بد من علمهما بقدره ، ليصح اشتراطه في العقد اللازم ، ولا يتجهل لجهل العوض ، ولوزاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك ، ولا يدخل في الشرط كما تقدم نظيره في المزارعة .

التاسعة - قالوا : ليس للعامل أن يساقى غيره ، أما اذا شرط في متن العقد العمل على العامل بنفسه فظاهره لوجوب الوفاء بالشرط ، وبطلان المشروط بالاخلال بالشرط ، وأما مع الاطلاق بأن يكون العمل في الذمة فانهم عللوا المنع بأن المساقاة انما تصح على أصل مملوك للمساقى والعامل لا يملك الاصول وانما يملك الحصة من الثمرة بعد ظهورها ، كما تقدم في تعريفها ، وظهر من أحكامها .

وتوضيحه أن في المساقاة تسليطاً على أصول الغير ، وعملها والناس يختلفون في ذلك اختلافاً زائداً ، فليس لمن رضى المالك بعمله وأمانته أن يولى من لم يرضه المالك لذلك ، وهذا بخلاف المزارعة كما تقدم ذكره في المطلب الاول من أنها لما كانت من العقود اللازمة الموجبة لنقل المنفعة الى العامل بالحصة المعينة كان للعامل نقلها الى غيره ، لعموم الناس مسطون على أموالهم (١) ولا يتوقف ذلك

على اذن المالك ، اذ لاحق له في المنفعة .

نعم تسليم الارض يتوقف على اذنه الا أن هذا انما يتم فيما اذا كان البذر من العامل ، أما لو كان من صاحب الارض فالاصل أن لا يتسلط عليه الامالكه ، أو من أذن له وهو الزارع .

وظاهر المحقق الاردبيلي جواز مسافات الغير هنا ، لعموم الادلة ، وعدم المانع اذا فهم الاذن من المالك ، فانه لا فرق بينها وبين المزارعة .

ويظهر من المسالك الجواز فيما لو ظهرت الثمرة ، وبقي بسببها عمل يحصل بسببه الزيادة فيها ، فان المسافات حينئذ جائزة ، والعامل يصير شريكاً ، الى آخر كلامه .

وكيف كان فالمسئلة عندي محل توقف واشكال ، لخلوها من النص القاطع لمادة القيل والقال ، وقد تقدم في مسئلة جواز مزارعة الزارع لغيره ما هو من هذا القبيل والله الهادي الى سواء السبيل .

العاشره - لا خلاف بينهم في أن الفائدة تملك بالظهور ، وأسند في التذكرة الى علمائنا ، مؤذنا بدعوى الاجماع عليه ، وفي المسالك لا تعلم فيه خلافاً ، والخلاف فيه من بعض العامة ، حيث جعل ملك العامل موقوفاً على القسمة .

والوجه في القول المشهور - زيادة على الاجماع المذكور - أن العقد قد اقتضى كون الثمرة بينهما ، لاشتراط ذلك فيه ، وصحة العقد والشرط تقتضي ثبوت مقتضاها ، كغيره من الشروط الصحيحة ، فمتى تحققت وظهرت دخلت في ملكها ، ويتفرع على ذلك وجوب الزكاة على من بلغ نصيبه منها نصاب الزكاة ، لتحقق شرط وجوب الزكاة ، وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب ونموها في ملكه .

ونقل الخلاف هنا عن السيد بن زهرة ، فانه أوجب الزكاة على من كان منه البذر ، مستنداً الى أن الحصه كالأجرة ، قال - على ما نقله عنه في المختلف - : لا زكاة على العامل ، لانه أخذ حصته أجرة .

أقول : وبذلك قال أيضاً في المزارعة ، حيث قال : كل من كان البذر منه وجبت الزكاة عليه دون الآخر ، لان ما يأخذه كالأجرة .
وقال ابن ادريس في كتاب المزارعة من كتاب السرائر : فأما الزكاة فان بلغ نصيب كل واحد منهم ما يجب فيه الزكاة وجب عليه ، لانه شريك مالك ، سواء كان البذر منه أو لم يكن ، وليس ما يأخذه المزارع الذي منه العمل دون البذر أجرة ، ولا كالأجرة .

وقال بعض أصحابنا المتأخرين في تصنيف له : كل من كان البذر منه وجب عليه الزكاة ، ولا تجب الزكاة على من لا يكون البذر منه ، قال : لان ما يأخذه كالأجرة ، والقائل بهذا القول العلوي أبو المكارم بن زهرة الحلبي ، شاهدته ورأيت وكاتبته وكاتبني ، وعرفته ما ذكره في تصنيفه من الخطأ ، فاعتذره بأعذار غير واضحة ، وأبان بها أنه ثقل الرد عليه ، ولعمري ان الحق ثقيل كله ، ومن جملة معاذيره ومعارضاته لي في جوابه أن المزارع مثل الغاصب للحب ، اذا زرع ، فان الزكاة تجب على رب الحب ، دون الغاصب ، وهذا من أقبح المعارضات وأعجب الشبهات ، وانما كانت مشورتني عليه أن يطالع تصنيفه وينظر في المسئلة ويغيرها قبل موته ، لئلا يستدرك عليه مستدرك بعد موته ، فيكون هو المستدرك على نفسه ، فعلت ذلك في علم الله شفقة وسترة عليه ونصيحة له ، لان هذا خلاف مذهب أهل البيت (عليهم السلام) ، وشيخنا (رحمة الله عليه) قد حقق المسئلة في مواضع عدة (عديدة) من كتبه ، وقال : الثمرة والزرع نماء على ملكهما ، فيجب على كل واحد منهما الزكاة اذا بلغ نصيبه مقدار ما يجب فيه ذلك ، وانما السيد أبو المكارم نظر الى ما ذكره شيخنا من مذهب أبي حنيفة في مبسوطه ، فظن أنه مذهبنا ، فنقله في كتابه على غير بصيرة ولا تحقيق ، وعرفته أن ذلك مذهب أبي حنيفة ذكره شيخنا أبو جعفر في مبسوطه ، لما شرح أحكام المزارعة ، ثم عقب بمذهبنا

وأومات الى المواضع التي حققها شيخنا في كتاب القراض وغيره فما رجع وما غيرها في كتبه ، ومات (رحمه الله) وهو على ما قاله نسئل الله له بالفقران وحشره مع آبائه في الجنان ، انتهى كلامه .

وقال العلامة في المختلف بعد نقل ملخص هذا الكلام عن ابن ادریس : وقول ابن ادریس وان كان جيداً مستقداً من الشيخ أبي جعفر الا أن قول ابن زهرة ليس بذلك البعد من الصواب .

أقول : الظاهر أن الحامل لشيخنا العلامة (رحمة الله عليه) لنفي البعد عن هذا القول انما هو التحامل على ابن ادریس ، والا فهو في البعد من الصواب أظهر من أن يخفى على سائر ذوى الالباب .

قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك - بعد نقل القول المذكور ونعم ما قال - : وضعفه ظاهر ، لان الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة ، في وقت يصلح لتعلق الزكاة بها ، لا بطريق الاجرة ، ثم لو سلم كونها كالاجرة فمطلق الاجرة لا تمنع من وجوب الزكاة ، بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب ، اذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه ، أو آجره المالك الارض بالزرع كذلك ، لوجب الزكاة على مالك الاجرة ، كما لو اشترى الزرع كذلك .

نعم لو كان يذهب الى أن الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور ، بل بعد بدو صلاحها ونحوه أمكن ترتب الحكم عليه ، لكنه خلاف اجماع الاصحاب ؛ ومع ذلك لا يتم تعليقه بالاجرة ، بل بتأخر ملكه عن الوجوب ، ثم نقل كلام ابن ادریس ، وأنه كاتبه الى حلب ، ونبّهه على فساد قوله ولم يقبل ، وأنه مات على ما قاله ، ثم نقل كلام العلامة في المختلف ، وأن هذا القول ليس بذلك البعد من الصواب ، ثم قال : وهو خلاف الظاهر ، والظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادریس عليه ، انتهى .

تذييب :

أجمع أصحابنا على بطلان المغارسة ، وبه قال أكثر العامة أيضا وهي عبارة عن أن يدفع أحد أرضاً الى غيره ليغرسها على أن يكون الغرس بينهما معاً ، ومستند الاصحاب في البطلان هو عدم ورود نص بجوازها ، لان المعاولات موقوفة على اذن الشارع ، وحيث لم يرد فيها كثيرها من العقود المشهورة اذن ، لاجرم وجب الحكم ببطلانها .

وتنظر فيه المحقق الاردبيلى (رحمة الله عليه) وتبعه الفاضل الخراساني في الكفاية ، بأنه يمكن استفادة ذلك من بعض العمومات ، فانه لولا الاجماع المدعى لامكن القول بصحة ذلك ، قالوا : ولا فرق بين أن يكون المغروس من مالك الارض ، أو من العامل ، ولان أن يشترط العامل جزء من الارض مع حصة من الغرس ، وعدمه ، وحيث ثبت بطلان المعاملة المذكورة ، فالغرس لصاحبه ، الا أنه ان كان صاحبه هو صاحب الارض ، فعليه للعامل أجره مثل عمله ، لانه لم يعمل مجاناً بل بحصة لم تسلم له ، وان كان صاحبه هو العامل ، فعليه لصاحب الارض أجره المثل ، عوضاً عن مدة شغله لها ، ولصاحب الارض قلعه ، لبطلان المعاملة ، وأنه غير مستحق للبقاء فيها ، لكن بالارض حيث أنه صدر عن اذنه ، فليس بمرق ظالم ، وظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين العالم بالبطلان ، والجاهل به .

وأنت خبير بانه لا يبعد الفرق بين الحالين وتخصيص الحكم المذكور بحال الجهل ، وأما مع العلم فانه لأجرة للعامل فيما اذا كان الغرس لصاحب الارض ، ولا لصاحب الارض فيما اذا كان الغرس للعامل ، ولا أرض لصاحب الغرس مع علمه ، لان الاول مع علمه يبطلان العقد وأنه لا يستحق الحصة في مقابلة عمله يكون متبرعاً بالعمل حينئذ ، ومقتضى تعليل وجوب الاجرة بأنه انما عمل لاجل الحصة ولم

تسلم له فوجب له الاجرة لايجرى الا في صورة البهول ، كما هو ظاهر .
والثاني قد اذن للعامل في التصرف في أرضه بالحصة مع علمه بعدم استحقاقها ، فيكون في معنى الاذن بغير عوض ، فكيف يستحق عليه أجرة والحال هذه .

والثالث فمن حيث ظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ، وفي هذا نظر ، فانه انما غرس بالاذن كما هو المفروض أولا ففرقه ليس بظالم ، فيكون مستحقا للارث .

بقي الكلام في المعنى المراد من الارث هنا ، قال في المسالك : والمراد بالارث هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه ، على الوضع الذي هو عليه ، وهو كونه حال غرسه باقياً بأجرة ، أو مستحقاً للقلع بالارث ، وكونه مقلوعاً لان ذلك هو المعقول من أرض النقصان ، لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً ، أو مقلوعاً ، اذ لا حق له في القيام كذلك ليقوم بتلك الحالة ، ولا تفاوت ما بين كونه قائماً بأجرة ومقلوعاً لما ذكرنا ، فان استحقاقه للقلع بالارث من جملة أوصافه ، ولا تفاوت ما بين كونه قائماً مستحقاً للقلع ، ومقلوعاً لتختلف بعض أوصافه أيضاً كما بيناه ، ولا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالارث ومقلوعاً لتختلف وصف القيام بأجرة .

وهذه الوجوه المنفية ذهب الى كل منها بعض ، واختار الثاني منها الشيخ على (رحمة الله عليه) والاخير فخر الدين فيما ينسب اليه ، والاخران ذكرهما من لا يعتد بقوله ، ثم قال : ويجب على العامل مع ذلك أرض الارض لو نقصت به ، وطم الحفر ، خصوصاً لو قلعه بغير أمر المالك ، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع .

تنبيهان :

الاول : قال في المسالك : لو كان الغرس من مالك الارض لكن الفارس ركب فيه نوعاً آخر كما في شجر التوت ونحوه ، فالمركب للفارس ان كان أصله

ملكه ، وكذا نمائه مدة بقائه ، وعليه مع أجره الارش أجره أصول الغرس أيضا ، وللمالك ازالة المركب مع الارش كما امر ، انتهى .

الثاني : قالوا : لو بذل صاحب الارض للغارس قيمة الغرس ليكون الغرس له ، بأن يبيعه اياه لم يجب عليه القبول ، وكذلك دفع الغارس أجره الارش ليبقى غرسه فيها لم يجب عليه القبول ، والوجه في الموضعين واضح ، لانها معاوضة وصحتها موقوفة على التراضي من الطرفين ، والله العالم .



كتاب الودیعة

وتحقیق الكلام فی هذا الكتاب یقتضی بسطه فی بحوث ثلاثة :

البحث الاول - الودیعة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالى
« ان الله یأمرکم أن تؤدوا الامانات الی أهلها » (١) ، وقال تعالى « فلیؤدی الذین
أوتمن أمانته ولیتق الله ربه » (٢) .

وأما السنة فالأخبار بذلك مستفیضة تكاد تبلغ حد التواتر المعنوی ، فروى
فی الکافی والتهذیب عن الحسن الشیبانی (٣) عن أبی عبد الله (علیه السلام)
« قال : قلت له : ان رجلاً من موالیک یتحل مال بنی أمیه ودمائهم وانه وقع
لهم عنده ودیعة ، فقال : أدوا الامانات الی أهلها وان كانوا مجوسیاً ، فان ذلك
لا یكون حتی یقوم قائمنا (علیه السلام) فیحل ویحرم .

أقول : الظاهر أنه لامنافاة بین استحلال أموالهم ودمائهم و بین وجوب
أداء الامانة لهم لما سیظهر لك من تكاثر الأخبار بوجوب أدائها ، وان كان من
یحل ماله ، كما یشیر الیه التمثیل بالمجوس .

(١) سورة النساء - الاية ٥٨ .

(٢) سورة البقرة - الاية ٢٨٢ .

(٣) الکافی ج ٥ ص ١٣٢ ح ٢ ، التهذیب ج ٦ ص ١١٤ ح ١١٤ الوسائل

ج ١٣ ص ٢٢٢ ح ٥

ويحتمل حمل الخبر على عمومه من تحريم أموالهم ودمائهم ، ويكون حينئذ خارجاً مخرج التقية كما يشير إليه آخر الخبر ، ويمكن حمل آخر الخبر بناء على المعنى الاول على أنه يجب أداء الامانة لهم في ذلك الوقت ، وأنه يتغير هذا الحكم بعد ظهوره (عليه السلام) ولا يخلو عن شيء .

وروى في الكافي عن محمد بن مسلم (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : قال أمير المؤمنين (عليه السلام) : أدوا الامانات ولو الى قاتل ولد الانبياء (عليهم السلام) ، وروى في الكافي والتهذيب عن عمر بن أبي حفص (٢) قال : سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول : اتقوا الله وعليكم بأداء الامانة ، الى من أئتمنكم فلو أن قاتل على بن أبي طالب (عليه السلام) ائتمنى على أمانة لاديتها اليه . وعن عمار بن مروان (٣) قال : قال أبو عبد الله (عليه السلام) في وصية له : اعلم أن ضارب على (عليه السلام) بالسيف وقتله لو ائتمنى على سيف واستنصحنى أو استشارني ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة .

وعن محمد بن القاسم بن الفضيل (٤) قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالا له قيمة ، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ، ولا يقدر له على شيء والرجل الذي استودعه رجل خبيث خارجي فلم أدع شيئاً ، فقال لي : قل له : رده عليه ، فإنه ائتمنه عليه بأمانة الله عز وجل .

وروى في الكافي عن عبد الرحمان بن سيابة (٥) قال : لما أن هلك أبي سيابة جاء رجل من اخوانه الى ضرب الباب على فخرجت اليه فزاني وقال لي : هل ترك أبوك شيئاً ، فقلت له : لا فدفع الي كيساً فيه ألف درهم وقال :

(١) الكافي ج ٥ ص ١٣٣ ح ٣

الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٣ ح ٦ .

(٢) (٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ١٣٣ ح ٤ و ٥ و ٨ ، التهذيب ج ٦ ص ٣٥١

ح ١١٥ و ١١٦ و ١١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢١ ح ٢ و ٢٢٣ ح ٨ و ٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٣٤ ح ٩ . الوسائل ج ١٣ ص ٢١٩ ح ٦

أحسن حفظها و كل فضلها ، فدخلت الى أمي وأنا فرح فاخبرتها فلما كان بالعشي أتيت صديقاً كان لابي فاشترى لي بضائع سابري و جلست في حانوت فرزق الله فيها خيراً كثيراً ، فحضر الحج فوقع في قلبي فيجئت الى أمي وقلت لها : قد وقع في قلبي أن أخرج الى مكة ؟ فقالت لي : فرد دراهم فلان عليه ، فهيتها وجئت بها اليه فدفعتها اليه فكانني وهبتها اليه ، فقال ، لملك استقلتها فأزيدك ، قلت : لا ولكن وقع في قلبي الحج فأحببت أن يكون شيتك عندك ، ثم خرجت فقضيت نسكي ثم رجعت الى المدينة ، فدخلت مع الناس على أبي عبدالله (عليه السلام) وكان يأذن اذنأ عاماً فجلست في مواخير الناس ، وكنت حدثاً فأخذ الناس يسئلونه ويجيبهم فلما خف الناس عنه أشار اليّ فدنوت اليه فقال لي : ألك حاجة ؟ فقلت له : جعلت فداك أنا عبد الرحمن بن السبابة فقال لي : ما فعل أبوك قلت : هلك ، فتوجع وترحم ، قال : ثم قال لي : فترك شيئاً ؟ قلت : لا قال : فمن أين حججت ؟ قال : فابتدأت فحدثته بقصة الرجل ، قال : فماتر كني أفرغ منها حتى قال لي : فما فعلت في الألف قال : قلت : رددتها على صاحبها ، قال لي : قد أحسنت وقال لي : ألا أوصيك ؟ قلت : بلى جعلت فداك ، فقال : عليك بصدق الحديث وأداء الامانة ، تشرك الناس في أموالهم هكذا ، وجمع بين أصابعه قال : فحفظت ذلك عنه فزكيت ثلاثمائة ألف درهم ، الى غير ذلك من الاخبار الجارية في هذا المضمار .

وأما الاجماع فقد نقله جملة من الاصحاب منهم العلامة في التذكرة قال : وقد أجمع المسلمون كافة على جوازها ، وتواترت الاخبار بذلك .

أقول : ويؤكد ذلك دلالة العقل والنقل على قضاء حاجة المؤمن وادخال السرور عليه مع عدم المانع ، كما لو لم يثق من نفسه بالحفظ لبعض الاسباب المتوقف عليها ذلك ، قال في التذكرة - بعد أن صرح بالاستحباب كما ذكرنا - : ولولم يكن هناك غيره فالاقوى أنه يجب عليه القبول ، لانه من المصالح العامة . وبالجمله فان القبول واجب على الكفاية ، ثم استثنى ما اذا تضمن بالقبول

ضرراً في نفسه أو ماله أو على أحد من أخوانه المؤمنين ولا بأس به ، وقال في التذكرة أيضاً : الودیعة مشتقة من ودع يدع : اذا استقر وسكن ، أو من قولهم يدع كذا أي يتركه ، والودیعة متروكة مستقرة عند المستودع ، وقيل : انها مشتقة من الدعة ، وهي الخفض والراحة ، يقال : ودع الرجل : فهو ودیع ووداع ، لانها في دعة عند المودع ، لا تبدل ولا تبدل ولا تستعمل ، والودیعة يطلق في العرف على المال الموضوع عند الغير ليحفظه ، والجمع الودایع ، واستودعته الودیعة أي استحفظته أيأها ، وعن الكسائي أو دعتة كذا : اذا دفعت اليه الودیعة قبلها ، وأودعته كذا : اذا دفع اليك الودیعة قبلتها ، وهو من الاضداد والمشهور في الاستعمال المعنى الاول ، انتهى .

أقول : قال في كتاب المصباح المنير : والودیعة : هوفعيلة بمعنى مفعولة ، وأودعت زيداً مالا ، دفعته اليه ليكون عنده وديعة ، وجمعها ودایع ، واشتقاقها من الدعة وهي الراحة ، أوأخذته منه وديعة ، فيكون ^{الفعل} من الاضداد ، لكن الفعل في الدفع أشهر ، واستودعته مالا ، دفعته له وديعة يحفظه ، وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح ، والاسم الدعة وهي الراحة ، وخفض العيش والهاء عوض من الواو ، انتهى .

وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها الاستنابة في الحفظ ، وعرفها في التذكرة بأنها عقد يفيد الاستنابة في الحفظ ، وهو أظهر قال : وهي جايضة من الطرفين بالاجماع ، ولكل منها فسخه ، ولا بد فيها من ايجاب وقبول ، فالایجاب كل لفظ دل على الاستنابة بأي عبارة كان ، ولا ينحصر في لغة دون أخرى ، ولا في عبارة دون أخرى ، ولا يقتصر الى التصريح ، بل يكفي التلويح والاشارة ، والقبول قد يكون بالقول ، وهو كل لفظ يدل على الرضا بالنيابة في الحفظ ، بأي عبارة كان ، وقد يكون بالفعل ، وهل الودیعة عقد برأسه ؟ أو اذن مجرد ، الاقرب الاول ، انتهى .

وبنحو ذلك صرح جملة ممن تأخر عنه منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، حيث قال : مقتضى كونه عقداً تركيبياً من الإيجاب والقبول بالقولين ، ومقتضى جوازه عدم انحصاره في عبارة ، بل يكفي كل لفظ دل عليه ، ولا يعتبر فيه التصريح ، بل يكفي التلويح والاشارة المفهمة لمعناه اختياراً ، ثم قال بعد قول المصنف (رحمة الله عليه) : ويكفي الفعل الدال على القبول ، أطلق المصنف وجماعة أنه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونه عقداً نظراً إلى أن الغاية منه إنما هو الرضا بالاستنابة ، وربما كان الفعل فيه أقوى من القبول ، باعتبار التزامه ودخوله في ضمانه لو قصر ، بخلاف القبول القولي ، فإنه وإن لزمه ذلك شرعاً إلا أنه ليس صريحاً في الالتزام من حيث أنه عقد جائز ، فإذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر أثره واليد توجب الحفظ إلى أن يردّه إلى مالكه ، لعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (١) وهذا حسن ، إلا أن فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد ، ومن ثم ذهب بعض العلماء إلى أنها إذن مجرد ، لا عقد ، وفرغ عليه عدم اعتبار القبول القولي ، وآخرون إلى أن الإيجاب إن كان بلفظ أودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظاً ، وإن قال أحفظه ونحوه لم يقتصر إلى القبول اللفظي ، كالوكالة ، وهو كلام موجه .

أقول : لا يخفى أن ما طولوا به الكلام في هذا المقام من أنه لا بد من عقد يشتمل على الإيجاب والقبول والخلاف في القبول بكونه قولياً أو فعلياً ، وكذا الخلاف بكونه عقداً أو اذناً كله تطويل بغير طائل ، إذ لا يظهر له عند التأمل والتحقيق ثمرة ولا حاصل ، والامر في ذلك معروف بين جملة الناس من عالم وجاهل ، فإنه لا خلاف ولا إشكال في أن من قصد غيره بمال ليودعه عنده ، وجرى بينهما من الكلام ما يدل على الرضا بذلك ، من الطرفين بحيث لا يتوهم كونه هدية ولا عطية ولا بيعاً . ولا نحو ذلك ترتب عليه أحكام الوديعة شرعاً ، سواء

سمى ذلك عقداً أو اذناً أو غير ذلك ، ولا فرق أيضاً في ذلك بين أن يكون الدال على المراد من ذلك لفظاً أو فعلاً إذا اقترن بما يدل على المراد .

وبالجملة فالظاهر أنه يكفي ما يدل على الاستتابة وقبولها مطلقاً ، وأنها مجرد الإذن في النيابة ، وأنه مالم يقبض أو يقبل بما يفيد القبول لم يدخل في الضمان وإلا فانه يلزم الضمان ، وليس في التصوص زيادة على ما ذكرنا عين ولا أثر وكيف كان فتحقيق الكلام في المقام يقع في مواضع : الاول - إذا طرح الوديعة عنده فهي هنا صور :

الاولى - أن يطرحها عنده ولا يحصل منه ما يدل على الاستتابة في الحفظ ، ولم يحصل من الآخر ما يدل على القبول ، ولا اشكال في عدم ثبوت الوديعة ، ولا في عدم وجوب الحفظ .

الثانية - الصورة بحالها ولكن حصل القبول القولي من الآخر ، وحكمها كسابقها ، فانه بمجرد الطرح مالم يضم الى ذلك كونه وديعة ، لا يستلزم وجوب الحفظ ، ولا الضمان .

الثالثة - الصورة الاولى بحالها ، ولكن قبضه الآخر ولا ريب أنه لا يسير وديعة ، ولكن يجب حفظه ، ويضمنه لخبر « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » (١) .
الرابعة - أن يطرحه ويضم الى ذلك ما يدل على قصد الإيداع ، ويحصل القبول من الآخر قولاً أو فعلاً ، ولا ريب في ثبوت كونه وديعة ، فيجب الحفظ ، ويضمن مع التفريط .

الخامسة - الصورة بحالها ولكن لم يحصل من الآخر ما يدل على القبول لاقولاً ولا فعلاً ، ولا ريب في أنها لا تصير وديعة ، ولا يجب عليه حفظها حتى لو ذهب وتركها لم يضمن ، إلا أنهم صرحوا بأنه لو كان ذهابه بعد أن غاب المالك فانه يأنم لوجوب الحفظ عليه من باب المعاونة على البر ، وإعانة المحتاج ، فيكون

من باب الواجبات الكفائية ، وفيه مافيه .

ثم انه بالنسبة الى الصورة الرابعة المشتملة على تحقق الوديعة لو ذهب المستودع بعد طرح الوديعة والمالك حاضر ، فانه جزم في التذكرة بأن ذلك رد الوديعة ، ولو كان المالك غائبا ضمن .

قال في المسالك : ويشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها ، مع حضور المالك ، لاصالة بقاء العقد ، وكون الذهاب أعم منه مالم ينضم اليه قرائن تدل عليه ، وهو جيد من حيث التعليل الثاني .

أما الاول أعني الاستناد الى اصالة العقد فهو ضعيف ، لما أشرنا اليه آنفا من أنه لا عقد هنا .

وأما الثاني فانه جيد ، لانه لما ثبت كونه وديعة كما هو المفروض فالاصل البقاء على حكمها حتى يثبت ما يوجب فسخها ، وذهاب المستودع لا يدل عليه ، لانه أعم من ذلك ، والعام لا يدل على الخاص ،

اذ عرفت فلهلم أن ظاهر الفاضل الخراساني في الكفاية المناقشة في الصورة الثانية والثالثة مدعياً حصول الوديعة بمجرد الطرح ، فان ظاهر وضع المال عنده أن غرض المالك الاستنابة في الحفظ وان لم يقل لفظاً يدل عليه ، والظاهر أنه لا يعتبر في ايجاب الوديعة لفظ ، بل يكفي ما يدل على الرضا مطلقاً ، فلا حاجة الى انضمام أمر آخر يدل على الاستنابة في حفظه .

أقول : لا ريب أن مجرد الطرح أعم مما ذكره ، والعام لادلالة له على الخاص نعم ان انضم الى ذلك قرينة حالية أو مقالية تفهم قصد الوديعة فالامر كذلك ونحن لانوجب لفظاً مخصوصاً ولا فعلاً مخصوصاً ، ولكن لابد من شيء يفهم منه قصد الوديعة ؛ ومجرد الطرح لا يفيد كما عرفت .

الثاني - لو أكره على قبض الوديعة لم تصر وديعة ، ولا يجب عليه حفظها ولا ضمانتها ، مع احتمال حفظها ، كل ذلك لمكان الاكراه .

واستثنى شيخنا الشهيد الثاني (رحمة الله عليه) في الروضة أن يكون المكره مضطراً إلى الإبداء ، قال : فيجب عليه اعانته عليه كالسابق ، وأشار به إلى ما قدمنا ذكره في الصورة الخامسة .

نعم لو وضع يده عليها بعد زوال الاكرام مختاراً ، فانه يجب عليه حفظها ، باليد الجديدة ، لخبر « على اليد ما أخذت » (١) لامن حيث الاكرام ، وهل يصير بذلك ودعة أم أمانة شرعية ؟ قال في المسالك : يحتمل الاول ، لان المالك كان قد أذن له ، واستنا به في الحفظ ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعه ، لعدم القبول الاختياري ، وقد حصل الان ، والمقاربة بين الإيجاب والقبول غير لازمة ، ومن الغاء الشارع ما وقع سابقاً فلا يترتب عليه أثر ، ويشكل بأن الغائه بالنظر إلى القابض لا بالنظر إلى المالك .

ثم قال : ويمكن الفرق بين وضع اليد اختياراً بنية الاستيداع ، وعدمه ، ويضمن على الثاني ، دون الاول ، اعطاء لكل واحد حكمه الاصلى ، انتهى .
أقول : والمسئلة لخلوها من النص لا تخلو من الاشكال ، وان كان ما ذكره أخيراً من التفصيل لا يخلو من وجه ، والله العالم .

الثالث - قال بعض المحققين : اذا استودع وجب عليه الحفظ ، ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط ، أو أخذت منه قهراً نعم لو تمكن من الدفع وجب ولولم يفعل ضمن ، ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع ، كالجرح و أخذ المال ، ولو أفكرها فطوب باليمين ظلماً جاز الحلف صورياً ما يخرج به عن الكذب ، انتهى .

أقول : وتفصيل هذا الاجمال وبيان ما اشتمل عليه هذا المقال يقع في موارد : أحدها أن ما ذكره من وجوب الحفظ عليه متى استودع أي قبل الودعة مما لا ريب فيه ، ويدل عليه الاخبار المتقدمة الدالة على وجوب أداء الامانة ،

فانه لولا وجوب حفظها لم يجب أداؤها ، وذلك أنه متى رخص له في ائمالها وعدم حفظها كيف يترتب عليه وجوب الاداء .

وبدل عليه أيضا ما يأتي - ان شاء الله - من الاخبار الدالة على وجوب الضمان مع مخالفة أمر المالك في الحفظ أو الرد ، ووجوب الحفظ عليه مادام مستودعاً لامطلقاً ، لان الوديعة من العقود الجائزة التي لهما فسخها متى أرادا ، والواجب حينئذ هو ردها أو حفظها ، فيصدق وجوب الحفظ في الجملة من حيث أنه أحد فردي الواجب المخير .

واعلم أنه قد قسموا القبول الذي يتفرع عليه حكم الحفظ الى أقسام ، - فمنه ما يكون واجباً كما اذا كان المودع مضطراً الى الاستيداع ، فانه يجب على كل قادر على ذلك واثق من نفسه بالحفظ قبول ذلك منه كفاية ، ولوا تضر في واحد كان واجباً عليه عيناً ، ووجوب الحفظ على هذا واضح كفاية أو عيناً ، وقد يكون مستحباً كما في الصورة المذكورة ، الا أن المودع غير مضطر لمافيه من المعاونة على البر ، وقضاء حوائج المؤمنين .

وقد يكون محرماً كما اذا كان عاجزاً عن الحفظ ، أو غير واثق من نفسه بالامانة لمافيه من تعريض مال الغير الى الذهاب ، والتعرض للتفريط المحرم ، ومثله ما لو تضمن القبول ضرراً على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين ، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه ، وأما كيفية الحفظ فسيأتي الكلام فيه ان شاء الله تعالى .

وثانيها - ما ذكره من أنه لا درك عليه مع عدم التفريط ، فالظاهر أنه اجماعي نصاً وفتوى ، فمن الاخبار الدالة على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحلبي في الصحيح أو الحسن (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : صاحب

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ٣ ،
التيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ح ٢ .

الوديعة والبضاعة مؤتمنان .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة (١) في الصحيح أو الحسن قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن وديعة الذهب والفضة فقال : كل ما كان من وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم .

والمراد بقوله لم يكن مضمونة أي لم يشترط المستودع فيها الضمان لمن أودعه إياها ، فانه لا يلزمه ، غرمها .

وعن اسحاق بن عمار (٢) في الموثق قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاغت فقال الرجل : كانت عندي وديعة ، وقال الآخر أنها كانت عليك قرضاً ، فقال : المال لازم له الا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة .

وما رواه المشايخ الثلاثة (رحمة الله عليهم) بأسانيدهم وفيها الصحيح وغيره عن محمد بن مسلم (٣) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال : سألت عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق ، أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً .

وما رواه (٤) في التهذيب والقيه في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل استأجر أجيراً فأقعه على متاعه فسرق ؟ قال : هو مؤتمن ، الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة ، وقد تقدمت جملة منها في الكتب المتقدمة .

ونالها - ما ذكره من عدم الضمان عليه لو أخذت منه قهراً ، والظاهر

(١) والكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٧ و ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ١ و ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٥ ، القيه ج ٢ ص ٤٠٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٤ ، القيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٢ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ح ٤ و ص ٢٣٢ ب ٧ و ص ٢٣٧

ح ٨ و ص ٢٢٧ ح ٢ .

أنه لا إشكال فيه ، سواء كان قد تولى الظالم أخذها من يده أو من مكانها التي كانت فيه ، أو قهره على الاتيان بها فدفعها اليه ، لاتقاء التفريط في كل من الحالين وحينئذ فيرجع المالك على الظالم بالعين أو العوض : وتقل في المختلف عن أبي الصلاح أنه يضمن اذا سلمها بيده وان خاف التلف ، ولا ريب في ضعفه .

وهل للمالك الرجوع على المؤمن في الصورة الثانية ، من حيث أنه ياجر تسليم مال الغير الى غير ما لكه ، بمعنى أنه يتخير في الرجوع على أيهما شاء ؟ استقر العلامة في التذكرة ذلك على ما نقله عنه في المسالك ، قال : وعلى هذا فمعنى عدم ضمانه أنه لا يستقر عليه ، بل يرجع بما غرم على الظالم ، واحتمله في المسالك أيضاً الا أنه قال : والاقوى عدم جواز مطالبته ، لعدم تفريطه ولان الاكراه سير فعله منسوباً الى المكره ، ولانه محسن فلا سبيل عليه ، والتسليم باذن الشارع ، فلا يستعقب الضمان ، انتهى .

أقول : وهذا الاحتمال الذي استقر به في التذكرة يرجع الى ما قدمنا نقله عن أبي الصلاح ، وما ذكره في المسالك في رده جيد ، يمكن تأييده بما تقدم في كتاب المزارعة عن حديث سعيد الكندي (١) « قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) اني أجزت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم ، قال : اعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لم أظلمهم ولم ازد عليهم ، قال : انهم انما زادوا على أرضك » .

فانه ظاهر في أنه وان كان الظالم انما ظلم أولئك وأخذ من مالهم لكن لما كان منشأ الأرض المذكورة حكماً (عليه السلام) بذلك على المالك ، ومثله ما لو طلب الظالم مالا في نتمته لزيد بقصد الظلم لزيد ، فان مقتضى الخبر أنه لا يرجع زيد بما أخذه الظالم على من كان المال في نتمته ، فبطريق الاولى لا يرجع فيما نحن فيه من حيث قبضه عين الامانة .

وبالجملة فالظاهر عندى ضعف ما نقل عن العلامة من قرب القول المذكور

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢١١ ح ١٠ .

نعم لو كان الامين هو الساعى بها الى الظالم ، ولم يقدر بعد ذلك على دفعه ، فانه لا يبعد ضمانه من حيث تفريطه في الحفظ بالسعاية اليه ، وبذلك صرحوا جازمين بالحكم المذكور ، بخلاف ما لو كان السعاية من غيره ، أو علم بها الظالم من غير سعاية أحد .

قالوا: ومثله ما لو أخبر اللص بها فسرقتها وهو ظاهر فيما لو أخبره بمكانها ، أما لو أخبره بها في الجملة فان ظاهر العلامة في التذكرة : أنه لا يضمن . قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه : ويشكل مع كونه سبباً في السرقة لانه تفريط نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك ، وهذا بخلاف الظالم ، فانه بعمله يضمن مطلقا ، والفرق أن الظالم اذا علم بها أخذها قهراً والسارق لا يمكنه أخذها الا اذا علم موضعها ، انتهى .

أقول : وما ذكره في الفرق يرجع الى ما قدمناه من أنه لا يضمن في صورة اخبار السارق الامع اخباره لمكانها فلا وجه لما ذكره من الاستشكال ودعوى الضمان يكونه سبباً في السرقة وأنه تفريط ، فان ذلك لا يتم الامع الاعلام بالمكان كما لا يخفى ، وبما ذكرناه في المقام يعلم ما في كلام بعض مشايخنا الاعلام من متأخري المتأخرين الكرام في بعض أجوبة مسائله من الفقرة في المقام ، حيث سأله السائل بما صورته اذا سأل الجائر هل عندك ودعة لفلان أم لا ؟ فقال : نعم فأفخذ الى داره وأخذها ، فهل يضمن الودعي أم لا ؟ فان اعتذر بأن خاف الكذب فهل يعتذر أم لا ؟ فأجاب بما صورته أقول : هنا مسألتان : أما الاولى فلا يضمن الودعي بمجرد اخباره - اذا لم ينقلها اليه وان كان السبب في اتلافه اخباره بها - لكنه فعل محرماً لاعتقه على المعصية ، لان الدال على الشر كفاعله ، وأما الثانية فالكذب هنا غير حرام بل واجب ، لحفظ مال المسلمين من التلف ، وقد ورد في الحديث أن الله يبغض الصدق في الافساد كما يحب الكذب في الاصلاح ، انتهى .

فان فيه كما عرفت من كلامهم أنه متى كان هو الساعى بها الى الظالم والسبب

في أخذها فانه يكون ضامنا ، ولاريب أنه في اخباره الظالم بذلك بعد سؤاله له يكون قد سعى بها اليه .

ويؤكده أيضا ما ذكره وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى من أنه لو يتمكن من الدفع وجب ، ولو لم يفعل ضمن ، فانه اذا كان يضمن بعدم الدفع عنها لكونه مستلزما للتفريط في حفظها ، فلان يضمن مع اخباره بها بطريق أولى ، الا أنى لم أقف في الحكم المذكور على نص بالخصوص يوجب الضمان في الصورة المذكورة ، وان كان ظاهر كلامهم الاتفاق على ذلك ، ولعل المستند فيه صدق التفريط بذلك والنصوص قد دلت على الضمان معه ، وظاهر كلامه تخصيص الضمان بصورة ثقلها اليه ودفعها بيده دون السعى بها .

وبالجملة فالظاهر أن كلامه هنا ناش عن الغفلة عن مراجعة كلام الاصحاب واعطاء التأمل حقه في الباب ، والله العالم .

ورابعها - ما ذكره من أنه لو تمكن من الدفع وجب ، أى تمكن من دفع الظالم عن الوديعة ، ولا اشكال في وجوبه ، لوجوب الحفظ عليه كما تقدم ، فيجب كلما توقف عليه ، فلو أهمل مع قدرته على ذلك ضمن بالتقريب المتقدم ، سواء كان الدفع بالاختفاء والتوارى عن الظالم ، أو التوصل الى ذلك بالوسائل ، ولو توقف ذلك على دفع المال منها أو من غيرها بحيث لا يندفع بدونه عادة ، قال في المسالك : الاقرب جوازه ، ويرجع به على المالك ان لم يمكن استيذانه قبل الدفع ، أو استيذانه عليه ، وعدم نية التبرع ولوترك الدفع عنها ببعضها مع امكانه ضمن ، ما يزيد عما يدفعه به لا الجميع لان مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين انتهى .

وأشار بقوله : ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح وأخذ المال الى أنه لو كان الضرر قليلا وجب تحمله في دفع الظالم الا أن فيه ان ذلك مما يختلف باختلاف أقدار الناس ومراتبهم ، فرب رجل لمزيد شرفه ورفعة قدره

يكون الكلمة اليسيرة من الاذى ضرراً كثيراً في حقه ، ورب رجل لا يكون الضرر في حقه لمهاتته وضعته ضرراً كثيراً ، الا أن يقيد بذلك فيكون المعبر ما كان ضرراً كثيراً بالنسبة الى المؤمن لا مطلقاً ، والظاهر حمل الضرر على ما كان كذلك في حد ذاته عرفاً لا بالنسبة الى المؤمن ، فلا يجوز له وان كان شريفاً على المرتبة دفع الوديعة بمجرد كلمة تؤذيه وان كانت ضرراً كثيراً بالنسبة اليه كما تقدم ، ويؤيده أنه الاوفق بالاحتياط لبراءة الذمة .

وخامسها - ما ذكره من أنه لو أنكرها وطولب باليمين الى آخره ، فانه جيد اذ لا ريب في أن حفظ الامانة واجب عليه وهو موقوف هنا على هذه اليمين الكاذبة ، والاخبار قد دلت على جوازها في أمثال هذا المقام فاذا أبيضت في أمثال ذلك كانت هنا واجبة ، لتوقف الواجب ، وهو الحفظ عليها من باب مقدمة الواجب ، الا أنهم ذكروا أنه يورى في يمينه للتحرز عن الكذب ان أمكن وعرفها ، والا حلف من غير تورية ، وعلة في المسالك قال : لانه وان كان قبيحاً الا أن ذهاب حق الادعى أشد قبحاً من حق الله تعالى في اليمين الكاذبة فيجب ارتكاب أخف الضررين .

وفيه نظر لانا نمنع ما ذكره من قبح اليمين في هذه الحال ، بعد اذن الشارع بها ، وهو قد اعترف أيضاً بذلك بعد هذا الكلام ، فقال : لان اليمين الكاذبة عند الضرورة مأذون فيها شرعاً كمطلق الكذب النافع ، وحينئذ فأى وجه للقبح بعد الاذن الشرعى فيها .

وكيف يكون قبيحاً مع كونه واجباً كما صرح به هو وغيره في المقام ، والا لزم اجتماع القبح والحسن والضرر والنفع في شيء واحد ، فيلزم الذم والمدح والثواب والعقاب في شيء واحد ، وهو محال . وكون الكذب قبيحاً في حد ذاته لا يستلزم كونه هنا قبيحاً بعد ما عرفت .

ومن الاخبار التي تدل على ما ذكرنا هنا من أرجحية اليمين الكاذبة

ومشروعتها ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن عن أبي الصباح الكثاني (١) « قال : والله لقد قال لي جعفر بن محمد (صلوات الله عليه) : الى أن قال : ثم قال : ما صنعت من شيء أو حلفت عليه من يمين في تقية فأتتم منه في سعة ، وروى في الفقيه مرسلاً (٢) قال : « قال أبو عبدالله (عليه السلام) : التقية في كل ضرورة وصاحبها أعلم بها حين تزل به » .

وروى في الفقيه والتهذيب عن السكوني (٣) « عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي (عليهم السلام) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) : احلف بالله كاذباً وبيع أخاك من القتل » .

وروى في الفقيه بسنده الى ابن بكير عن زرارة (٤) « قال : قلت لابي جعفر (عليه السلام) نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك : قال فاحلف لهم فهو أحلى من التمر والزبد » .

وروى فيه أيضاً بسنده عن الحلبي (٥) « قال : سألته عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله ؟ قال : نعم » .

ومارواه في الكافي عن محمد بن مسعود الطائي (٦) « قال : قلت لابي الحسن (عليه السلام) : ان أمي تصدقت على بدار لها أو قال : بنصيب لها في دار ، فقالت لي : استوثق لنفسك فكتبت اني اشتريت وأنها قد باعني وأقبضت الثمن فلما ماتت قال الورثة : احلف أنك اشتريت ونقدت الثمن ، فان حلفت لهم أخذته ،

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٤٢ ح ١٥ ، التهذيب ج ٨ ح ١٠٥٢ ، الوسائل ج ١٦

ص ١٦٢ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٣ ح ٧ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٥ ح ٤١ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٠٠ ح ١٠٣ ، الوسائل

ج ١٦ ص ١٦٢ ح ٤ .

(٤) و (٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ و ص ٢٣١ ح ١٤ و ٢١ ، الوسائل ج ١٦

ص ١٦٣ ح ١٠٦ .

(٦) الكافي ج ٧ ص ٢٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٠١ ح ٥

وان لم أحلف لهم لم يعطوني شيئاً ، قال : فقال : فاحلف وخذ ما جعلت لك ، ،
وهو هذا الخبر ما رواه في التهذيب والفتاوى عن محمد بن أبي الصباح (١)
عن أبي الحسن .

وأما ما يدل على جواز التورية في اليمين فهو ما رواه في الكافي عن
صفوان (٢) في الصحيح أو الحسن : قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن
الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه ؟ قال : اليمين على الضمير .
رواه في الفتاوى عن اسماعيل بن سعد الأشعري (٣) عن أبي الحسن الرضا
منه ، ثم قال : يعني على ضمير المظلوم ، كانه بنى على ما يظهر من الخبر الا اني
الا أن الظاهر عندي أنه أريد بذلك جواز التورية ، وان كان في غير مقام الظلم .
وما رواه في الكافي عن مسعدة بن صدقة (٤) : قال : سمعت أبا عبد الله
(عليه السلام) وسئل عما يجوز وعمّا لا يجوز في النية على الاضمار في اليمين ،
فقال : قد يجوز في موضع ، ولا يجوز في موضع آخر ، فأما ما يجوز فاذا كان
مظلوماً فما حلف عليه ونوى اليمين فعلي بئته ، وأما اذا كان ظالماً فاليمين على
نية المظلوم .

والظاهر أن المراد منه أن التورية انما تصح في حال كونه مظلوماً ،
وأراد الحلف للنجاة من الظالم كما هو محل البحث في المقام ، وأما لو كان
ظالماً وأراد الحلف لاثبات ما يدعيه ظالماً فان التورية لا ينفع هنا ، ولا تدفع
عنه ضرر اليمين دينياً وآخرة ، بل تصير يميناً كاذبة بالنظر الى نية المظلوم .
وكيف كان فانه متى ترك الحلف عند توقف حفظ المال عليه فأخذه
الظالم فانه يضمه لما عرفت من حصول التفريط بذلك ، وبه صرح الاصحاب
أيضاً والله العالم .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٣٨ ح ٢٧ ، الفتاوى ج ٤ ص ١٨٣ ح ٢٤ ، الوسائل

ج ١٦ ص ٢١١ ح ١ .

(٢) (٣) و (٤) الكافي ج ٧ ص ٤٤٤ ح ٢٣ ، الفتاوى ج ٣ ص ٢٣٣ ح ٣٠ ،

الوسائل ج ١٦ ص ١٧٩ ح ٢ و ١ و ١٠ من باب ٢٠ .

الرابع - الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أن الوديعة كما تبطل بالفسخ تبطل بالموت والجنون والاعماء من أحد الطرفين ، أما على القول بكونها اذناً فواضح ، وأما على القول بكونها عقداً كما هو المشهور فلأنه لا خلاف بينهم في كونه من العقود الجائزة ومن شأن العقود الجائزة البطلان بذلك كالكالة ونحوها ، لخروج كل منهما عن أهلية التكليف بحصول أحد هذه الأسباب الثلاثة ، ولأن المال انتقل الي الغير بالموت فلا يصح التصرف فيه الا بإذن المالك ، وهو الوارث ، وفي الجنون ونحوه قد خرج عن أهلية التكليف ، وصلاحيه الاذن ، والتصرف فهو في معنى الميت ، ومتى ثبت البطلان كانت أمانة شرعية يجب ردها الى المالك فوراً ، فان اتفق أحد هذه الأسباب للمودع وجب على المستودع المبادرة الى ردها الى المالك في صورة الفسخ ، والى الوارث في صورة الموت والى الولي والحاكم في صورة الجنون والاعماء ، وان اتفق ذلك للمستودع وجب ردها الى المالك في صورة الفسخ والى الولي والحاكم في صورة الجنون والاعماء وعلى الوارث في صورة الموت قالوا : ومعنى كونها أمانة شرعية بعد ذلك لحصولها في يده بغير إذن المالك ، لكنها غير مضمونة عليه لاذن الشارع في وضع اليد عليها الى أن يردها على وجهه ، ومن حكم الامانة الشرعية وجوب المبادرة بردها على الفور الى المالك ، أو من يقوم مقامه ، فان أخرج عن ذلك مع قدرته ضمن ، ولو تعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو وليه الخاص سلمها الى الحاكم لأنه ولي الغائب ، بقي الكلام هنا في أنه متى مات المودع وطلب الوارث الوديعة من المستودع مع شك المستودع في كونه وارثاً أو في انحصار الارث فيه وأراد البحث عن ذلك ، وتحقيق الحال ، والحال أنه ليس ثمة حاكم يرجع اليه ، فهل يكون ضامناً ؟ والحال هذه ، قال في المسالك : الاقوى عدم الضمان ، خصوصاً مع الشك في كون الموجود وارثاً ، لاصالة عدمه .

وأما مع العلم بكونه وارثاً فالاصل أيضاً عدم استحقاقه ، لجميع المال والقدر المعلوم انما هو كونه مستحقاً في الجملة ، وهو لا يقتضي انحصار الحق

فيه ، وأصالة عدم وارث آخر معارضة بهذا الاصل ، فيبقى الحكم في القابض ، وجوب البحث عن المستحق ، كمنظائره من الحقوق ، انتهى .

أقول : لا اشكال في قوة مارجحه (رحمة الله عليه) وقواه في صورة الشك في كونه وارثاً ، وانما يبقى الاشكال في صورة العلم بكونه وارثاً مع عدم العلم بالانحصار فيه ، وظاهر المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) هنا خلاف ما ذكره ، حيث قال - في شرح الارشاد بعد أن ذكر أنه متى كان الميت أو الخارج عن صلاحية الابداع هو المالك ، فيمكن وجوب الرد الى الوارث ما لفظه : - الظاهر وجوبه أو جوازه وان لم يعلم الانحصار فيه ، ولا يجوز مع الشك في أنه وارث ، ودليل الاول الاصل عدم وارث آخر مع العلم باستحقاق الموجود ، ولا يعارض بأصل عدم استحقاق الكل ، لان الاستحقاق واضح ، ووجود آخر مانع ، وظاهر كلام البعض عدم الوجوب ، بل عدم الجواز مع عدم العلم بالحصص ، وهو محل التأمل ، انتهى .

والظاهر أنه أشار بالبعض الى ما قدمنا نقله عن المسالك ، و بالجملة فالمسئلة محل توقف واشكال ، لعدم الدليل الواضح القاطع لمادة القيل والقال ، ويمكن ترجيح ما ذكره المحقق المشار اليه بأنه متى علم كونه وارثاً ولم يعلم وارثاً سواه الا بمجرد احتمال وجوده ، فان ظاهر آيات الارث وأخباره يقتضى الحكم بازائه لجميع التركة ، فقول شيخنا - المتقدم ذكره - الاصل عدم استحقاقه لجميع المال ممنوع ، فان مقتضى الادلة الاستحقاق ، للجميع لمعلومية كونه وارثاً ، وانما يعارضه احتمال وجود آخر ، والظاهر أنه لا دليل شرعاً على تأثير هذا الاحتمال في دفع ما علم بظاهر الادلة المذكورة ، فانه اذا قام الدليل على أن الولد يرث أباه مثلاً ، ومات الاب وله ولد معلوم ، واحتمل أن يكون له ابن آخر ، فان مقتضى الادلة وجوب دفع التركة الى الولد المذكور المعلوم كونه وارثاً ، واحتمال وجود غيره لا يؤثر شرعاً في دفعه عن الجميع ، والله العالم .

ثم انهم قالوا : ان من جملة أحكام الامانة الشرعية - مع ما تقدم من وجوب المبادرة الى ردها وان لم يطلب المالك - أنه لا يقبل قول من هي في يده في ردها الى المالك مع يمينه ، بخلاف الوديعة ، والفرق أن المالك لم يستأمنه عليها ، فلا يقبل قوله في حقه مع أصالة عدمه ، بخلاف الوديعة ، مع ما انضم اليه من الاحسان الموجب لمنع السبيل .

ولها صور كثيرة : أحدها - ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان ، وكذا غيرها من الامانات كالمضاربة ، والشركة ، والعارية .

ومنها مالو أطارت الريح ثوبا ونحوه الى داره .

ومنها ما لو اتزرع المنصوب من القاصب بطريق الحسبة .

ومنها مالو أخذ الوديعة من صبي أو مجنون عند خوف تلفها .

ومنها ما يصير بايدي الصبيان من الاموال التي يكتسبونها بالقمار كالجوز والبيض ، وعلم بها الولي ، فانه يجب عليه رده الى مالكه ، أو وليه .

ومنها مالو استعار صندوقاً ونحوه أو اشتراه أو غيره من الامتعة فوجد فيه شيئاً فانه يكون أمانة شرعية ، وان كان المستعار مضموناً .

ومنها اللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك ، وضابطه ما كان وضع اليد عليه من غير اذن المالك مع الاذن فيه شرعاً والله العالم .

الخامس - يجب حفظ الوديعة بما يناسب حالها ، والوجه فيه أنه حيث علم من الشارع وجوب الحفظ ، ولم يعلم منه كيفية معينة لذلك ، وجب الرجوع في ذلك الى العادة والعرف الذي عليه الناس ، كالدنانير والدراهم ، فان محل حفظها الصندوق المقفل ، والثياب منها ما يكون محل حفظه الصندوق أيضاً ، ومنها ما يكون البيت ، والدابة في الاصطبل ، والشاة في المراح ونحو ذلك ، ولو جعل أحدهن الأشياء في مكان أوثق في الحفظ كالشاة والدابة في الدار المغلقة ، فالظاهر أنه مزيد احسان لا يتعقبه الضمان ، وربما قيل : بالضمان من حيث مخالفة

المعهود والمعتاد ، والظاهر ضعفه ، والظاهر أنه لافرق بين علم المودع بأن المستودع متمكن من تحصيل الحرز وعدمه ، فلو أودعه مالا مع علمه أنه لاستندوق عنده ، أو دابة مع علمه أنه لا اصطبل عنده أو نحو ذلك ، فانه لا يكون ذلك عذراً بل يجب الحفظ عليه في المكان المعتاد له متى قبل الوديعة .

قال في المسالك . واعلم أنه ليس مطلق الصندوق كافياً في الحفظ ، بل لابد معه من كونه محرزاً عن غيره ، أما بأن لا يشار كه في البيت الذي فيه الصندوق يد أخرى مع كون البيت محرزاً بالقفل ونحوه ، وكون الصندوق محرزاً بالقفل كذلك ، وكونه كبيراً لا ينتقل عادة ، بحيث يمكن سرقة كذلك مقفلاً ، وهكذا القول في الاصطبل والمراح وغيرها انتهى .

ولا يخلو من اشكال سيما مع علم المودع ورضاه بما هو دون هذا القدر من الضبط ، والظاهر أنه لا يعتبر في وجوب ضبط الوديعة وحفظها أزيد مما يعتبر من ضبط المالك لماله وحفظه له ، وزيادة حرسه على حفظه ، وهو لا يبلغ الى هذا المقدار ، سيما ما ذكره من أن لا يشار كه في ذلك البيت الذي فيه الصندوق يد فان الانسان لا يخلو من العيال والازواج والاولاد والخدم الذين يترددون في البيت دخولا وخروجاً ، والانسان لا يمكنه الاحتباس في البيت لاجل المحافظة ، بل يحتاج الى التردد في حوائجه من الاسواق وغيرها ، وبما صرح به في المسالك من الكلام في هذا المقام صرح به العلامة في التذكرة أيضاً : فقال : لو كانت له خزانة مشتركة بينه وبين ابنه ، فدفع الوديعة الى ابنه ليضعها في الخزانة المشتركة فالاقرب الضمان ، الا اذا علم المالك بالحال ، ثم قال : لا يجوز أن يضع الوديعة في مكان مشترك بينه وبين غيره ، كدكان أو دار مشتركة الى آخره وهو مشكل كما عرفت ، وقد تنبه لما ذكرناه من الاشكال أيضاً المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) في شرح الارشاد .

السادس - لو أودعه دابة ، والمراد به مطلق الحيوان المحترم حتى العبد

فاما أن يأمره بالاتفاق عليه أو ينهاه عن الاتفاق ، أو يطلق فهيها صور ثلاث :

الأولى - أن يأمره وحينئذ فيجب عليه كما صرحوا به ، ويرجع بذلك على المالك ، ولو أدخل به كان مفرطاً ضامناً ، ويحصل التفريط والضمان ، ولو بمرة واحدة ، وفي كل موضع يحصل به التفريط يكون ضامناً ، ويخرج عن كونه أميناً بمقتضى القاعدة المقررة عندهم ، من أنه لو خالف وتعدى ، فانه يخرج عن كونه ودعياً أميناً ، ولا يرجع الى ذلك الا باذن جديد من المالك ، ولو امتنع المستودع من الاتفاق في هذه الصورة ، فقد صرح في التذكرة بأنه متى مضت مدة تموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر ، فان ماتت ضمنها ، وان لم تمت دخلت في ضمانه ، وان نقصت ضمن التقصان ، قال : وتختلف المدة باختلاف الحيوان قوة وضعفا .

الثانية - ان ينهاه عن الاتفاق فان ترك الاتفاق امتثالا لأمره ، قالوا : كان عاصياً لله تعالى لما فيه من تضييع المال المنهى عنه ، لانها من الاموال المحترمة التي لا يجوز اتلافها بغير وجه شرعى ، ومرجه الى أن الاتفاق (حق الله تعالى) كما هو حق للمالك ، فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه ، وهل يضمن في هذه الحال استشكل ذلك في التذكرة ، ثم قرب عدم ، قال : وهو قول الشافعية كما قال : اقتل دابتي فقتلها أو أمره برمي قماشه في البحر فرماه ، أو أمره بقتل عبده فقتله ، فانه يأثم ولا ضمان عليه ، فكذا هنا انتهى .

والواجب في هذه الصورة رفع الامر الى الحاكم ليأمره بذلك ويجبره عليه ، لما عرفت من عدم جواز اتلاف المال بغير وجه شرعى ، وترك الاتفاق موجب لذلك ، قالوا : وللحاكم أن يستدين عليه أو يبيع بعض الوديعة للنفقة ، أو بعض أمواله لذلك ، وأن ينصب أميناً من قبله ، فان تعذر جميع ذلك أنفق المستودع وأشهد ويرجع بما أنفق مع قصد الرجوع ، ولو تعذر الاشهاد فظاهرهم الاقتصار على نية الرجوع ، فينقق بنية الرجوع كما تقدم في أمثاله .

الثالثة : أن يطلق وقد صرح في المسالك بأنه يجب التوصل الى اذنه أو اذن وكيله ، فان تعذر رفع الامر الى الحاكم ليأمره بذلك الى آخر ما تقدم في سابق هذه الصورة ، وقال العلامة في التذكرة : وان أطلق الايداع ولم يأمره بالعلف والسقي ولم ينهه عنهما يجب على المستودع العلف والسقي ، لانه التزم بحفظها ، ولانه ممنوع من اتلافها جوعاً ، فاذا التزم حفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه العلف والسقي ، لانه استحفظه اياها ولم يأمره بعلفها ، وقد بينا الامر الضمني ، انتهى .

وظاهر هذا الكلام أنه يجب على المستودع القيام بذلك كما في الصورة الاولى ، ولا فرق بينهما الا باعتبار كون الامر في الاولى صريحاً وفي هذه الصورة ضمياً ، والا فهو مأمور في الصورتين ، وهو ظاهر في خلاف ما قد منقلبه عن المسالك في هذه الصورة .

وأصرح منه في ذلك كلام المحقق الاردبيلي حيث قال : ثم ان الظاهر أن حكم الاطلاق هو حكم الامر بالعلف والسقي ، لوجوبهما عليه ، فكأنه قال : وديعة عندك واعلفها واسقها ، فالامر الضمني فيها هنا موجود ، وحكمه حكم الصريح ، أشار اليه في التذكرة ، انتهى ، الا أنه قال في التذكرة أيضاً بعد هذه المسئلة بلا فصل : مسئلة لا خلاف في أنه لا يجب على المستودع الاتفاق على الدابة والادعى من ماله ، لاصالة البرائة والتضرر المنفى شرعاً ، لكن ان دفع المالك اليه النفقة فذاك ، وان لم يدفع اليه فان كان المالك قد أمره بعلفها وسقيها رجع به عليه ، لانه أمره بالاتفاق على ماله فيما عاد نفعه عليه ، فكان كما لوضمن عنه مالا يأمره وأداء عنه ، وان أطلق الايداع ولم يأمره بالعلف والسقي ولانها فان كان المالك حاضراً أو وكيله ، طالبه بالاتفاق عليه ، أو أذن له بالمالك في الاتفاق ، فينق و يرجع به ان لم يتطوع بذلك ، وان لم يكن المالك حاضراً ولا وكيله رفع الامر الى الحاكم ، الى آخر ما قدمنا ذكره

في الصورة الثانية ، بما يرجع اليه في المعنى .
وأنت خير بما في هذا الكلام من المدافعة لما قدمنا نقله عنه أولاً ، فإن مقتضى الاول هو حصول الامر بالاتفاق ، وإن كان أمراً ضمناً ، فيجب الاتفاق حينئذ على المستودع بعد قبوله الوديعة ، وهو صريح كلام المحقق الاردبيلي كما عرفت مسنداً له الى التذكرة ، كما قدمنا نقله عنه ، فأين هذا من كلامه الثاني .

ثم انه قال في التذكرة - أيضاً في هذه المسئلة الاخيرة : - ولو ترك المستودع الاتفاق مع اطلاق الاستيداع ولم يرفع الى الحاكم ولم ينفق عليها حتى تلفت ضمن ان كانت تلفت من ترك ذلك ، لانه تعدى بتركه ، وإن تلفت في زمان لا يتلف في مثله لعدم العلف ، لم يضمن ، لانها لم تلف بذلك .

قالوا : وفي حكم التفقة ما يحتاج اليه المريض من دواء ، وفي حكم الحيوان الشجر الذي يحتاج الى السقي ونحوه من الخدمة ، وحيث ينفق مع عدم الاشهاد اما لتعذره ، أو لعدم اشتراطه ، فلو اختلفا في قدره فالقول قول المستودع مع يمينه ، ولو اختلفا في مدة الايداع ، فالقول قول المودع عملاً بالاصل في الموضعين .

تنبيهان :

الاول - اطلاق كثير من عبارات الاصحاب يدل على جواز أن يتولى المستودع علف الدابة وسقيها بنفسه ، أو غلامه أميناً كان ذلك الغلام أم غير أمين غائباً كان المستودع أو حاضراً ، والوجه في ذلك الجرى على ما هو مقتضى العادة من تولي الغلام والخادم لذلك ، الا أنه قال في المسالك - بعد نقل ذلك : - وليس كل ذلك جائزاً هنا بل انما يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ، ليطلع على قيامه بما يجب ، أو مع كونه أميناً ، والا لم يجز ، ونحو ذلك صريح في التذكرة ، والوجه في ذلك أما في جواز الاستئابة مع الحضور فظاهر .

وأما مع كونه أميناً فلقضاء العادة بالاستئابة في ذلك ، ولولا ذلك لما جاز لما يتضمنه من ايداع الودعي ، وهو غير جائز عندهم مع الامكان كما سيأتي ذكره انشاء الله تعالى ، وربما قيل : بأن ذلك فيمن يمكن مباشرته لهذا الامر ونحوه ، أما من لا يكون كذلك فانه يجوز له الاستئابة كيف كان .

ورده في المسالك بالضعف ، ولا يخلو من اشكال ، فان الظاهر أن الودعي مع علمه بان المستودع يترفع عن هذا الامر ، ولا يباشره بنفسه ، وانما يباشره خدمه مثلاً ومع ذلك أو دعه ، فانه انما أو دعه لقبوله لذلك ، ورضاه بما هو عادة الرجل المذكور وطريقته التجارية في أمواله ودوابه .

والظاهر أن المراد بالأمين هنا هو من تسكن النفس الى فعله ، وأنه لا يخالف ما يؤمر به ، لا العدل ، والا أشكل غاية الاشكال وصار الامر عضالاً بذلك وأي عضال .

الثاني - قد صرح جملة منهم المحقق والعلامة : بأنه لا يجوز اخراج الدابة من المنزل الامع الضرورة ، كعدم امكان السقي أو العلف في المنزل ، ولا ضمان عليه ، والوجه في الاول أن النقل تصرف فيها ، وهو غير جائز مع امكان تركه ، والثاني في أن الحفاظ يتوقف على ذلك ، فانه من ضروريات الحيوان ، ولا فرق في المنع من اخراجها لذلك بين كون الطريق أمناً أو مخوفاً ، لما عرفت من أن النقل تصرف وهو غير جائز مع امكان تركه ، ولا بين كون العادة مطردة بالاخراج وعدمه لما ذكر ، ولا بين كون المتولى لذلك المستودع بنفسه أو غلامه ، مع صحبته له وعدمها ، لاتحاد العلة في الجميع .

وقرب في التذكرة عدم الضمان لو أخرجهما مع أمن الطريق ، وان أمكن سقيها في موضعها ، مستنداً الى اطراد العادة بذلك ، قال في الكتاب المذكور : اذا احتاج المستودع الى اخراج الدابة لعلفها أو سقيها جازله ذلك ، لان الحفاظ يتوقف عليه ولا ضمان ، ولا فرق بين أن يكون الطريق أمناً أو مخوفاً اذا خاف

التلف بترك السقى ، واضطر الى اخراجها من غير ضرورة العلف والسقى ، فان كان الطريق آمناً لاخوف فيه وامكنه سقيها في موضعها فلا قرب عدم الضمان ، لاطراد العادة بذلك وهو أظهر قولي الشافعي .

المابع - لاخلاف في أنه متى عين له موضعاً لحفظ الوديعة ، فانه لايجوز له نقلها الى ما هو دونه ، أما لو نقلها الى ما هو أحرز فقد ذهب جمع من الاصحاب الى الجواز ، محتجين بالاجماع ودلالة مفهوم الموافقة عليه ، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك التوقف في ذلك ، نظراً الى مقتضى التعيين ، ومنع دلالة مفهوم الموافقة هنا ، قال : فان الاغراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً من غير التفات الى كون بعضها أحفظ من بعض ، والاجماع على جوازه ممنوع ، بل ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطي مطلقاً ، انتهى .

ونقل في المسالك عن الشهيد في حواشيه على كتاب القواعد القول بعدم الجواز هنا أيضاً ، واختاره المحقق الاردبيلي (رحمة الله عليه) أيضاً في شرح الارشاد ، ونقله عن ابن ادريس والمحقق الشيخ على .

ولو نقلها الى المساوى فقولان : الجواز نظراً الى أن التعيين أفاد الاذن في حفظها فيما كان في تلك المرتبة ، كما في تعيين نوع الزرع والمراكب في الاجارة ، فانهم جوزوا التخطي الى المساوى ، لتوافق المتساوين في الضرر والنفع المأذون فيه .

وقيل : بالمنع وهو اختياره في المسالك ، قال : لعدم الدليل على جواز تخطي ما عينه ، والحق مساويه به قياس .

أقول : والمسئلة لخلوها من النصوص في الموضعين محل توقف ، وان كان ما اختاره في المسالك في الموضعين المذكورين لا يخلو من قوة ، سيما مع أوقفته بالاحتياط المطلوب ، بل الواجب في أمثال هذه الفروع الخالية من النصوص ، وعلى هذا فلو نقلها الى الأحرز أو المساوى ضمن ، وعلى القول بالجواز

لا ضمان عليه ، الا أنه نقل عن العلامة هنا أيضا القول بال ضمان ، فانه قال : بجواز النقل اليهما وال ضمان مع تلفها فيهما ، وهو مشكل ، فان قضية الجواز تنفي الضمان كما لا يخفى .

نعم لو علم الخوف عليها في المكان المعين أو ظن ظناً قوياً فالظاهر أنه لا إشكال في جواز النقل ، وينبغي أن يتحرى في ذلك الاحرز ، ثم المساوى مع الامكان ، ثم الادون ، لسقوط حكم المعين في الحال المذكورة .

والظاهر أنه لا ضمان عليه في الصورة المذكورة ، حيث أنه مأذون فيه ، وهو محسن في ذلك ، فلا سبيل عليه ، ولو نهى المالك عن النقل عن ذلك المكان المعين ، فقد صرحوا بأنه يضمن بالنقل كيف كان ولو الى الاحرز اجماعاً ، الا أن يخاف تلفها فيه ، فانه يجوز النقل وان نهى المالك والحال كذلك ، وقال له : لا تنقلها وان تلفت ، وعللوا ذلك بأن الحفظ عليه واجب ، ولا يتم الا بالنقل ، وللنهي عن اضاعه المال ، فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وان صرح بقوله وان تلفت ، وعندى فيه نظر ، لان مرجع ما ذكره الى وجوب الحفظ على الغير ، مع قصد المالك اضاعه ماله واعراضه عنه ، ولا أعرف عليه دليلاً ، والاصل براءة الذمة من هذا التكليف ، قولهم للنهي عن اضاعه المال مسلم بالنسبة الى مالكة خاصة ، وكذا وجوب الحفظ ، فانه بالنسبة الى المالك ونحوه ، ووجوب الحفظ على المستودع انما يعلم مع عدم قصد المالك اضاعته واتلافه ، وأما اذا قصد ذلك فأى دليل يدل على وجوب حفظ الغير عليه ، مع أنه ليس بطفل ولا مجنون يجب حفظ ماله على غيره .

وبالجملة فاني لأعرف لما ذكره هنا وجهاً وجيهاً ، ثم انهم قالوا : لو ترك نقلها والحال كما ذكرنا أئتم ولا ضمان ، لاسقاط المالك ذلك عنه ، وقد عرفت ما في الاثم من الاشكال أيضاً .

ولو توقف النقل على أجرة قال في التذكرة : انه لا يرجع بها على المالك ،

فانه متبرع ، واستحسنه في المسالك الا أنه احتمل أيضاً الرجوع مع نيته ، قال :
لاذن الشارع له في ذلك فيقدم على اذن المالك ، ولان فيه جمعاً بين الحقين مع
مراعات حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال ، انتهى .

أقول : لا يخفى ما في هذا الاحتمال ، بناء على ما قدمنا ذكره من النظر .

الثامن - الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في عدم صحة ودیعة الطفل والمجنون
ولا ایداعهما ، بمعنى أنه لا يترتب على ذلك أحكام الودیعة ، أما الحكم الاول -
فلانه لاشبهة في عدم أهليتهما للاذن ، واللازم منه كون يد المستودع على المال
يداً عادية بغير حق ، فيضمن البتة سواء كان المال لهما أو لغيرهما وان ادعى الاذن
في ایداعه .

بقى هنا شيء وهو أن ظاهر جملة من الاصحاب اطلاق الضمان هنا كما
ذكرناه ، والاقرب كما قواه في المسالك أيضاً أنه لو كان قبضه للودیعة بعنوان
استنفاذها من يديهما ، وخوف هلاكها عندهما بنیة الحسبة في الحفظ ، فانه لا
ضمان عليه ، لانه محسن ، وما على المحسنين من سبيل .

لكن يجب مراجعة الولي أو الحاكم الشرعي ان أمكن ، والا كان في يده
وترتب عليه أحكام الودیعة ، الا أنه لا يبرء بالرد اليهما ، لافي هذه الصورة ولا في
الصورة المتقدمة ، للحجر عليهما المانع من ذلك ، ولا يبرء الا بالرد الى الولي
أو الحاكم أو هما بعد زوال المانع .

وأما الحكم الثاني فلانه لو استودعهما لم يضمننا بالاهمال ، فان المودع لهما
مع علمه بعدم تكليفهما قد أهمل ماله ، وأتلفه ، ولان الضمان بالاهمال انما
يثبت حيث يجب الحفظ ، والوجوب غير متعلق بهما ، لانه من خطاب الشرع
المختص بالمكلف ، فاذا لم يجب الحفظ عليهما لم يترتب على الاهمال ضمان ،
وهو ظاهر .

نعم لو كان التلف بغير الاهمال بأن تصرفا في الامانة وتعديا فيها فتلفت

فهل يضمنان مطلقاً أم لا مطلقاً أم للمميز خاصة وجوه ثلاثة .

والمختار عند جملة من الاصحاب منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك هو الضمان مطلقاً ، قال : لان الائتلاف لمال الغير سبب في ضمانه اذا وقع بغير اذنه ، والاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير ، ومثله القول في ما يتلقاه من مال الغير ، وياً كلاله منه ، فانهما يضمنان .

ثم نقل الوجه الثاني وهو عدم الضمان مطلقاً لعدم التكليف ، وتسليط مالكما لهما عليها فكان سبباً قوياً ، والمباشر ضعيف ، قاله في المسالك بعد نقل ذلك ثم قال : وجوابه يظهر مما سبق ، ثم نقل الوجه الثالث وهو الفرق بين المميز وغيره ، فيضمن المميز خاصة ، لعدم قصد غيره الى الائتلاف ، فكان كالدابة ثم تنظر فيه بأن المقتضى للضمان وهو الائتلاف موجود ، والمانع غير صالح للمانعية .

أما القصد فانه لا مدخل له في الضمان وعدمه ، كما يعلم من نظائره ، وأما تسليط المالك فانه انما وقع على الحفظ لاعلى الائتلاف ، غاية ما في الباب أنه عرض ماله له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ ، وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه ، بخلاف ما اذا تركا الحفظ .

أقول : والمسئلة محل توقف لعدم الدليل الواضح والركون الى هذه التعليقات في تأسيس الاحكام الشرعية سيما مع تعابها وتدافعها لا يخلو من الاشكال كما نبهت عليه في غير مقام مما تقدم ، ثم انه على تقدير وجوب الضمان عليهما فانه صرح بأن المخاطب بالدفع هو الولي ان كان لهما مال ، والا كان ديناً عليهما فثأته بعد التكليف ، ولا يسقط بعدم المال وقت الائتلاف ، لان تعلق الحق بالذمة لا يتوقف عليه ، نعم ايجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف .

أقول : وفيه من الاشكال ما في سابقه وقد تقدم في كتاب الحجر في المسئلة الثالثة : من المطلب الثاني من الكتاب المذكور من التحقيق (١) ما فيه دلالة

على عدم وجوب الضمان الذي ادعاه هنا ، وقد تقدم في الموضع المذكور أنه من باع للسفيه مالا ودفعه اليه مع علمه بذلك ، قتلف ، فان تلفه من مال صاحبه ، لانه سلطه عليه مع علمه بأنه مجبور عليه ، وان فرض فك الحجر عنه بعد ذلك وتقدم أيضا النقل عن العلامة في التذكرة أن حكم المجنون والصبي حكم السفيه في ذلك ، فانهما اذا أتلغا الوديعة والعارية فالأقرب أنه لاضمان عليهما ، وهكذا الحكم فيما أتلغا من مال الغير مطلقا .

وبالجملة فمن أراد تحقيق المسئلة ليظهر له صحة ما ذكرناه هنا فليرجع الى الموضع المذكور ، والله العالم .

التاسع - لو ظهر للمستودع امارات الموت بأن حصل له مرض من الامراض القاتلة أو حبس للقتل ونحو ذلك .

فأقوال ثلاثة : أحدها - وجوب الرد على المالك أو وكيله ، أو الحاكم عند تعذرهما أو إيداعها الثقة عند تعذره ، فان تعذر ذلك أشهد عليها اختاره العلامة في التذكرة ، الا أنه رجع عنه بعد ذلك الى الإيضاء بها .

وثانيها - الاشهاد على ذلك اختاره جمع منهم المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد .

وثالثها - الوصية بها وقد عرفت أنه مذهب العلامة في التذكرة ، والوجه في ذلك أن حفظ الوديعة لما كان واجبا على المستودع وجب كلما يتوقف عليه الحفظ من أحد هذه الامور الثلاثة ، الا أني لم أقف على نص في المقام يتضمن وجوب شيء مما أوجبوه ، والاحتياط في المسئلة مطلوب بل واجب ، لخلوها عن النص وهو أحد مواضع وجوب الاحتياط عندنا ، حيث أن المسئلة صارت بذلك من الشبهات ، حلال بين ، وحرام بين ، وشبهات بين ذلك . والاحتياط هنا في العمل بالقول الاول ، ثم انه على تقدير القول بالاشهاد ، فالظاهر أن المراد به اشهاد عدلين ، بحيث يحصل الاثبات بها لو أنكر الورثة ، أو كانوا جميعاً أو بعضهم

صفاً ، وربما قيل : بالاكتفاء بواحد ، واليه يشير كلام العلامة في جملة من كتبه ، حيث جعل الواجب هو الإيصال بها ، وهو متحقق بدون الأشهاد وكذا ذكره في المسالك .

والتحقيق أن القول بالإيصال غير القول بالأشهاد ، كما قدمنا ذكره ، وكيف كان فلو أدخل بالأشهاد والوصية ضمن ، وكذا لو أدخل بالرد على الوجه المتقدم ، ولكن لا يستقر الضمان إلا بالموت ، ولو فرض موته فجاءة فلا ضمان ، وإن لزم التلف إذ لا يعد مقصراً والحال هذه ، وإلا لوجب الأشهاد على كل ودعي ، لا مكان ذلك في حقه ، ولا قائل به ، ولا دليل على ما قالوا .

ويعتبر في الوصي على القول بوجوب الوصية العدالة ، والظاهر أن المراد به الأمين الثقة الذي تسكن النفس إلى إيصاله لها إلى المالك ، ولا فرق بين الأجنبي والوارث في التعيين للوصاية ، والمراد بالوصية إليه بذلك أن يعلمه بها ويأمره بردها بعد الموت ، لأن يسلمها إليه ، لأنه أيداع لا يصح ابتداء كما سيأتي ذكره انشاء الله .

قال في التذكرة : توهم بعض الناس أن المراد من الوصية بها تسليمها إلى الوصي ليُدفعها إلى المالك ، وهو الأيداع بعينه ، وليس كذلك ، بل المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده ، فانه والحال هذه مخير بين أن يودع للمحاجة ، وبين أن يقتصر على الإعلام والأمر بالرد لأن وقت الموت غير معلوم ، ويده مستمرة على الوديعة مادام حياً ، انتهى .

ولو لم يوص ولم يشهد وأنكر الورثة فالقول قولهم ، كما لو أنكرها المورث ، لأن الأصل عدمها ، وكذا كل من يدعي عليه ، ولا يمين على الورثة ، إلا أن يدعي عليهم العلم بالوديعة ، لأن دعوى العين إنما يتعلق بالمورث ، كما لو ادعى عليه بدين ، إلا أنه إذا ادعى عليهم العلم بذلك لزمهم الحلف على نفى العلم لأعلى البت ، لأن ذلك ضابط الحلف على نفى فعل الغير .

قال في المسالك : ومثله مالو أقر الورثة بالوديعة ، ولكن لم توجد في التركة فادعى المستودع أنه قصر في الاشهاد ، وقال الورثة : لعلها تلفت قبل أن ينسب الى التقصير فالقول قولهم ، عملاً بظاهر براءة الذمة ، ولا يمين أيضاً الامع دعواهم عليهم التقصير ، انتهى .

وعندى في هذا الكلام اشكال ، لان مرجحه - كما يفهم من تسمية عبارته في المقام - الى أن المالك يدعى بقاءها ، وتقصير الوديعة في الاشهاد ، والورثة مقررون بها ، ولكن يدعون عدم وجودها في التركة ، وأنه لعلها تلفت قبل أن ينسب المالك الى التقصير ، وظاهر هذا الكلام أن كلام المالك يتضمن دعويين أحديهما - أنها كانت باقية في التركة ، وظاهر هذه الدعوى يرجع الى الورثة بأنها عندهم ، وأن انكارهم لكونها في التركة بعد الاقرار بها غير مسموع ، وثانيهما تقصير المورث بعدم الاشهاد ليتحقق الضمان ، وسقوط اليمين عن الورثة انما يتجه على الدعوى الثانية ، دون الاولى ، اللهم الا أن يحمل على أن المالك موافق على عدم وجودها في التركة ، وانما يدعى بقاءها الى وقت عروض المرض الذي هو السبب الموجب للموصية ، أو الاشهاد ، فيلزم الضمان بالتفريط في ذلك ، والورثة ينكرون الوجود الى ذلك الوقت ، وحينئذ فلا يتعلق الدعوى بالورثة على الوجه المذكور أولاً ، والله العالم .

العاشر - لا خلاف في وجوب رد الوديعة الى المالك متى طلبها ، وهي باقية في أول أوقات الامكان مسلماً كان أو كافراً ، للاية وهي قوله تعالى (١) « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » والروايات المتقدمة في صدر الكتاب (٢) فان جملة منها قد صرحت بوجوب الرد ولو الى غير مسلم فلو أخل والحال كذلك كان ضامناً ، ونقل عن أبي الصلاح أنه اذا كان المودع حريياً وجب على المودع أن يحمل ما أودعه الى سلطان الاسلام ، وهو ضعيف مردود بالاخبار المشار اليها

(١) سورة النساء - الآية ٥٨ .

(٢) ص ٣٩٥ .

من أن كونه حلال المال مقيد بغير الامانة ، فيجب استثنائها للاخبار الصريحة المذكورة .

وبالجملة فالحكم مما لا يخالف فيه سواء وظاهرهم القول بالفورية كما أشرنا إليه ، لانه حق مضيق للادعى ، قالوا : والمراد بالامكان ما يعم الشرعى والعقلي والعادى ، فلو كان فى صلاة واجبة أتمها ، أو بينه وبينه مانع من مطر ونحوه صبر حتى يزول ، أو فى قضاء حاجة ضرورية فالى أن ينقضى ، وهل يعد أكل الطعام والحمام ، وصلاة النافلة واقطاع المطر الغير المانع عذراً ؟ وجهان : واستقرب فى التذكرة العدم مع حكمه فى باب الوكالة بأنها أعذار فى رد العين اذا طلبها الموكل ، وينبغى أن يكون هنا أولى ، وحيث كان وجوب الرد فورياً فانه يأتى بناء على ذلك ، وعلى أن الامر بالشئ يستلزم النهى عن ضده الخاص بطلان الصلاة الواجبة مع سعة الوقت لو حصل الطلب قبل الدخول فيها ، وكذا بطلان النافلة مطلقاً ، وكذا بطلان جميع العبادات المنافية لذلك ، الا أن الظاهر عندى كما تقدم تحقيقه فى كتب العبادات عدم ثبوت ما ادعوه ، من أن الامر بالشئ يستلزم النهى عن ضده الخاص ، بل قام الدليل على خلاف ذلك ، ولما فيه من لزوم الحرج والضيق المنفى بالاية والرواية .

قالوا : والمراد بوجوب الرد لا بمعنى مباشرته للرد وتحمل مؤنته ، كما ربما يظهر من بعض العبارات ، بل بمعنى رفع اليد عنها والتخلى بين المالك وبينها ، فلو كانت فى صندوق مقفل فتحه ، وان كانت فى البيت المغلق فكذلك ، وهكذا . ولو أخر الدفع لاجل الاشهاد عليه فهل يكون ذلك عذراً مرتفعاً به الضمان ؟ أقوال : الاول نعم ، ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو أنكر المالك . والثانى لا ، لان قوله فى الرد مقبول ، فلاحاجة الى البيئنة ، ولان الوديعة مبنية على الاخفاء غالباً .

الثالث التفصيل بأنه ان كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالايديع

فله الاشهاد ليدفع عن نفسه التهمة ، والا لم يكن له ذلك ، وهذا القول من حيث الاعتبار أقوى الثلاثة ، الا أن ما ادعوه من الفورية عندى محل توقف ، اذ لا أعرف عليه دليلاً واضحاً أزيد من الامر بالرد متى طلبها المالك ، والامر من حيث هو لا يقتضى الفورية ، فاجابها يحتاج الى دليل واضح ، زيادة على الامر بالرد ، كما لا يخفى ، وكونه حقاً لادى لا يقتضى تضييقه بهذا النحو الذى ذكره .

نعم لو فهم منه التضييق فالامر كما ذكره ، ولو كان المودع غاصباً فانه لا يجوز ردها عليه ، ولا على وارثه لو طلبها ، بل يجب اعادتها على مالكيها ان عرف ، ولو لم يعرف فأقوال : أحدها مذهب اليه الشيخ فى النهاية ، قال : انه يعرفها حولاً كما يعرف اللقطة ، فان جاء صاحبها ، والا تصدق بها عنه ، وتبعه ابن البراج وهو المنقول عن ابن الجنيدي أيضاً ، وبه صرح العلامة فى التذكرة والارشاد ، وفى المسالك : انه هو المشهور بين الاصحاب .

وثانيها - مذهب اليه الشيخ المفيد قال : ان لم يعرف أربابها أخرج منها الخمس الى فقراء آل محمد (صلى الله عليه وآله) وأتباعهم ، وأبناء سبيلهم وصرف منها الباقي الى فقراء المؤمنين .

وقال سائر : وان لم يعرف أربابها جعل خمسها لفقراء أهل البيت (عليهم السلام) والباقي لفقراء المؤمنين وهو يرجع الى قول الشيخ المفيد .
ثالثها - ما ذهب اليه أبو الصلاح قال : اذا لم يعرف صاحبها ولا من ينوب منابه حملها الى الامام العادل ، فان تعذر ذلك فى المسلمين فعلى المودع حفظ الودیعة الى حين التمكن من ايصالها الى مستحق ذلك ، والوصية بها الى من يقوم مقامه ، ولا يجوز ردها على المودع مع الاختيار .

وقال ابن ادریس : ان لم يتعين له حملها الى الامام العادل ، وان لم يتمكن لزمه الحفاظ بنفسه فى حياته ، وبمن يثق به فى ذلك بعد وفاته الى حين التمكن من المستحق ، قال فى المختلف : وهو الاقوى ، لنا أنه أحوط .

وقال في المسالك بعد نقل ذلك عن ابن ادريس وقواه في المختلف : وهو

حسن .

أقول : وهو يرجع الى قول أبي الصلاح المتقدم ، والذي وقفت عليه من الاخبار هنا ما رواه الشيخ عن حفص بن غياث (١) قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يرد عليه ؟ قال : لا يرد ، فان أمكنه أن يرد على صاحبه فعل ، والا كان في يده بمنزلة اللقطة ، يعرفها حولا فان أصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها ، فان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ، فان اختار الاجر فله ، وان اختار الغرم غرم له ، وكان الاجر له ، وهذه الرواية ظاهر في ما ذهب اليه الشيخ ، وليس غيرها في المسئلة ، ولم أقف على دليل يدل على شيء من القولين الاخيرين .

قال في المختلف - بعد نقل الرواية - : والجواب الطعن في السند ، ولا نسلم مساواته لللقطة ، ثم قال : على أن قول الشيخ لا يغلو من قوة ، وفيه أن الطعن بالسند لا يقوم حجة على الشيخ وأمثاله الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم ، ومنع المساواة لللقطة بعد تصريح الخبر بذلك ممنوع ، وهو انما تمسك في قوة ما اختاره بالاحتياط ، والاحتياط عندهم ليس بدليل شرعي ، ورد الخبر بلا معارض غير معقول ولا منقول .

وقال في المسالك - بعد الاشارة الى الخبر المذكور - : والطريق ضعيف ، لكنه مجبور بالشهرة ، وبه يعلم قوة ما ذهب اليه الشيخ وأتباعه .

وفي المسالك - بعد أن استحسن مذهب ابن ادريس كما قدمنا نقله عنه - قال : وان كان القول بجواز التصرف بها بعد اليأس والتعريف متوجهاً أيضاً كما في كل مال يئس من معرفة صاحبه ، لان فيه جمعاً بين مصلحتي الدنيا والاخرة بالنسبة

الى مالئها ، فانه لو ظهر غرم له ان لم يرض بالصدقة ، فلا ضرر عليه ، ثم قال - بعد نقل مذهب الشيخ المفيد - : والاجود التخيير بين الصدقة بها وإبقائها أمانة ، وليس له التملك بعد التعريف هنا ، وان جاز في اللقطة ، وربما احتل جوازه بناء على الرواية ، فانه جعلها فيه كاللقطة ، وهو ضعيف ، ويمكن أن يريد بها منزلته منزلة اللقطة في وجوب التعريف مطلقاً ، ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك ، انتهى .

ولا يخفى ما فيه من المدافعة للكلام الاول لدلالته على التملك ، وجواز التصرف مع الضمان ، وبيان الوجه في قوة ذلك ، ودلالة هذا الكلام على عدم جواز التملك هنا وان جاز في اللقطة ، والمراد بجواز التملك حيث كان انما هو مع الضمان ، واحتمال العدول عما ذكر أولاً ، ولا سيما مع بيان الوجه في القول الاول والتصريح بالعلة وعدم التعرض لذلك في الثاني بعيد ، ومقتضى هذا الكلام الاخير حدوث قول رابع في المسئلة كما لا يخفى ، وظاهره أن ذلك هو الحكم هنا وان لم يعرفها بالكلية .

وقال في المسالك أيضاً : وانما يجب منع الغاصب منها مع امكانه ، فلو لم يقدر على ذلك سلمها اليه ، وفي الضمان حينئذ نظر ، والذي يقتضيه قواعد الغصب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء ، وان كان قرار الضمان على الغاصب انتهى .

ولو مزج الغاصب الامانة بماله وأودع الجميع فقد أطلق جمع منهم المحقق في الشرايع أنه ان أمكن الودعي تمييز المالكين ميزهما ورد عليه ماله ، ومنعه الاخر وان لم يمكنه وجب رد الجميع على الغاصب ، وعلل الوجوب هنا بأن منعه منهما يقتضي منعه من ماله ، لان الفرض عدم امكان التمييز ، ومنعه من ماله غير جائز .

واستشكله في المسالك بأن في الرد تسليطاً للغاصب على مال غيره بغير حق ، وهو غير جائز ، ثم قوى الرد الى الحاكم ليقسمه ان أمكن الى آخر كلامه .

أقول : وهذا الفرع أيضاً كغيره من الفروع المشككة لعدم الدليل الواضح

في صورة ما اذا أودع الجميع مع تعذر التمييز أو تعسره ، فهل يرد عليه الجميع لوطليه أم لا ، أم يرجع فيه الى الحاكم ، ولعل الاقرب الى القواعد الشرعية رفع الامر الى الحاكم الشرعي ، فيلزم الغاصب بالاقرار بالقدر المنصوب ، ويلزمه المقاسمة ان أمكن ولو بالصلح نيابة عن المالك ، والله العالم .

البحث الثاني في موجبات الضمان :

وهو دائر بين أمرين التفريط والتعدي فهنا مقامان : الاول : التفريط - ويرجع الى ترك ما يجب عليه من الحفظ ونحوه ، وهو أمر عديم بخلاف التعدي فانه عبارة عما لا يجوز فعله كلبس الثوب وركوب الدابة ونحو ذلك ، وهو أمر وجودي والتفريط كان يطرحتها في غير حرز أو يترك نشر الثوب الذي يتوقف حفظه على النشر أو يودعها غيره من غير ضرورة ، ولا اذن ، أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وأمنه ، وطرح الاقمشة في المواضع التي تعفننها وترك سقى الدابة أو علفها مدة لا تعبر عليه في العادة فتموت ونحو ذلك .

والكلام هنا يقع في مواضع : الاول - ما ذكر من أن من جملة أسباب الضمان أن يطرحتها في غير حرز .

قالوا : ويجب تقييده بما اذا طرحتها وذهب عنها ، أما لو بقي مراعيها لها بنظره لم يعد تفريطاً لأن العين حرز ، الا أن يكون المكان غير صالح لوضعها فيه بحسب حالها ، وهو نوع آخر من التفريط .

أقول : ما ذكر من التقييد المذكور لما كان شاذاً نادراً صح الاطلاق ، لان الاطلاق انما ينصرف الى الافراد المتكررة المتعارفة الشائعة كما تقدمت الاشارة اليه في غير موضع ، وكذا عد من أسباب الضمان تأخير الاحراز مع المكنة ، وقيد بعض المحققين بالتأخير الزائد على المتعارف ، قال : وأما اذا كان تأخيراً قليلاً وفي الجملة على الوجه المتعارف فليس بموجب للضمان وهو جيد .

الثاني - ما ذكر من أنه يضمن بترك نشر الثوب الذي يتوقف على النشر ، والوجه في ذلك أنه يجب عليه الحفظ ومن جملة ما يتوقف عليه نشر الثوب الذي يحتاج الى النشر وتعليقه للهواء في كل وقت يقتدر اليه عادة ، قالوا : حتى لبسه لو لم يندفع ضرره الابه .

وبالجملة فكل ما يتوقف عليه الحفظ كما يجب عند الاطلاق سقى الدابة وعلفها ، ونحو ذلك مما يتوقف عليه بقاؤها ، وحفظها ، لا أن ينهائى المالك عن ذلك فانه لا يلزمه الضمان ، وان جازله الحفظ كما تقدم مثل ذلك ، في نفقة الدابة ، ولم أقف في المقام على خبر ، ولكن ظاهرهم الاتفاق على ذلك ، ومقتضى قواعدهم يقتضيه ، الا أنه قد تقدم في كتاب الرهن من الاخبار ما هو ظاهر ، بل صريح في المناقاة فان جملة منها يدل على أنه لو كان الرهن ثياباً وتركه المرتهن ولم يتعهده ولم ينشره حتى هلك وتأكل فانه من مال الراهن ، مع أنه لا خلاف في أن الرهن في يد المرتهن أمانة ، يضمنها مع التفريط ، وبمضمون هذه الاخبار المذكورة أفتى الصدوق في المقنع أيضاً ، فقال : ان رهن عنده متاعاً فلم ينشر المتاع ولم يخرج به ولم يتعهده وفسد فان ذلك لا ينقص من ماله شيئاً ، انتهى . وهو كما ترى صريح في أنه لا ضمان عليه حسب ما دللت عليه الاخبار المشار اليها ، ومنها صحيحة الفضل بن عبد الملك (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : « سألت عن رجل رهن عنده آخر عبيدين فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر قال : نعم ، قلت أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربة ؟ قال : نعم ، أو دابتين فهلك أحدهما أيكون حقه في الأخرى ؟ قال : نعم ، أو متاعاً فهلك من طول ماله تركه أو طعماً ففسد ، أو غلاماً فأصابه جدري فعمى أو ثياباً فتركتها مطوية لم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلك ؟ قال : هذا يجوز أخذه يكون حقه عليه ، ونحوها غيرها وهي كما ترى صريحة في خلاف ما ذكره من وجوب التعاهد والضمان مع

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٧٥ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٢٨ ح ١٠

عدمه ، لو تضرر بذلك ، ولا معارض لها في البين الا ما يظهر من ظاهر اتفاقهم ، مع أنك قد عرفت خلاف الصدوق في ذلك ، ولم أقف على من تنبه لذلك منهم ، (رحمهم الله) والعلامة في كتاب الرهن من المختلف نقل عبارة الصدوق المذكرة ثم قال : والا قرب ان على المرتهن الضمان ، لان ترك نشر الثوب المقتصر الى نشره يكون تفريطاً والمفريط ضامن ، انتهى .

وهو مؤذن بغفلته عن الاخبار المذكورة ، وعدم اطلاعه عليها ، والا كان الواجب ذكرها ، لانها مستندة في هذه المسئلة ، والجواب عنها ، وبالجمله فالمسئلة عندي لما عرفت محل توقف واشكال ، والله العالم .

الثالث - ما ذكر من أنه يضمن مع ايداعها الغير من غير ضرورة ولا اذن ، وهو مما لا خلاف فيه عندهم ، قال في التذكرة : اذا أودع المستودع الوديعة غيره فان كان باذن المالك فلا ضمان عليه اجماعاً ، لا تفتاء العدوان ، وان لم يكن باذن المالك فلا يخلو اما أن يودع من غير ضرورة ، أو بعذر ، فان أودع بغير عذر ضمن اجماعاً لان المالك لم يرض بيد غيره وأما تته ، ولا فرق في ذلك الغير بين عبده أو زوجته أو ولده أو أجنبي عند علمائنا أجمع ، انتهى .

ومقتضى كلامهم انه يسقط الضمان بأحد شيئين : أحدهما الاذن ، فانه يجوز الايداع على النحو المأذون به ولا ضمان ، وثانيهما العذر كخوف سرقة أو نهب أو حرق أو أراد سفرأ الا أن ظاهرهم هنا هو أن الواجب أولاً ردها الى المالك أو وكيله ان امكن ، والا فالى الحاكم ، لانه قائم مقام المالك شرعاً مع تعذره ولا يسمى هذا ايداعاً ، ومع عدم امكان الحاكم فانه يودعها الثقة ، وهذا هو الخارج بالقيد المذکور ، فلودعها الى الحاكم مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله ضمن كما أنه لودعها الى الثقة مع امكان الدفع الى الحاكم ضمن ، ولا فرق في المنع من ايداع الغير بدون أحد الوجهين المذكورين ، بين أن يكون الغير مستقلاً بها ، أو شريكاً في الحفظ بحيث تقيب عن نظره .

قال في المسالك : وهو موضع وفاق ، ولانه تصرف في مال الغير بغير اذنه ، قال : وفي حكم مشاركته في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف ، بحيث لا يلاحظه في سائر الاوقات نعم لو كان عند مفارقتها لضروراته يستحفظ من يثق به ويلاحظ الحرز في عوداته ، رجح في التذكرة اغتفاره لقضاء العادة به ولانه ايداع عند الحاجة ، ثم قال : ولو فوض الحفظ الى الغير لا ضرورة أو أشر كه أو لم يحرز عنه ضمن ، انتهى .

ولو أودعها من غير اذن ولا ضرورة ضمن ، وكان لصاحبها أن يرجع على من يشاء منها لو تلفت ، فان رجح على المستودع الاول فلا رجوع له على الثاني ، وان رجح على المستودع الثاني كان للمستودع الثاني أن يرجع على المستودع الاول ، لانه دخل معه على أن لا يضمن كذا ذكره في التذكرة .

والوجه فيه أن الحكم هنا كما في القاصب ، وقد ذكرنا أنه مع رجوع المالك على أيهما شاء ، فان الجاهل منهم بالغصب يرجع على من غره ، فسلطه على ما في الغير ، ولم يعلمه بالحال ، وأما العالم فلا رجوع له فبهنا أيضا كذلك فمتى رجح المالك على المستودع الاول ، فانه لا رجوع للمستودع الاول على الثاني ، لعلمه بعدم جواز ما فعله ، فقد سلطه على اتلافه ، بخلاف رجوع المالك على المستودع الثاني لانه مفروض ، فلا ضمان عليه ، بل يرجع على الاول .

الرابع - ما ذكر من أنه يضمن مع السفر بها على الوجه المذكور ، والظاهر أنه مما لا خلاف فيه ، قال في التذكرة : لو عزم المستودع على السفر كان له ذلك ، ولم يلزمه المقام لحفظ الوديعة ، لانه متبرع بامساكها ، ويلزمه ردها الى صاحبها أو وكيله ، والا فالحاكم ، ويجب عليه قبولها ، لانه موضوع للمصالح فان لم يجدد فعلها الى أمين ، ولا يكلف تأخير السفر ، لان النبي (صلى الله عليه وآله) كانت عنده ودائع ، فلما أراد الهجرة سلمها الى أم أيمن ، وأمر علياً (عليه السلام)

أن يردّها ، فان ترك هذا الترتيب فدفّعها الى الحاكم أو الامين مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله ضمن ، ولا يجوز أن يسافر بها ، فان سافر بها مع القدرة على الرد على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الامين ضمن عند علمائنا أجمع ، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف ، انتهى .

قيل : والمراد بتعذر الوصول الى المالك أو وكيله أو الحاكم المشقة الكثيرة الراجعة الى التعسر ، لان ذلك معنى هذا اللفظ عرفاً ولغة ، لما في التزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين ، وهو جيد .

بقى الكلام في مالو اضطر الى السفر بالوديعة بأن يضطر الى السفر ، وليس في البلد حاكم ولا أمين ولم يجد المالك ولا وكيله أو اتفق في البلد ما يوجب الخروج من حريق أو غارة أو نهب ، ولم يجد أحداً من هؤلاء المذكورين . فان ظاهرهم جواز السفر بها ، ولا ضمان وادعى عليه في التذكرة الاجماع ، قال : لان حفظها حينئذ في السفر بها والحفظ واجب ، واذ لم يتم الا بالسفر بها كان السفر بها واجباً ، ولا تعلم فيه خلافاً أما لو عزم السفر من غير ضرورة في وقت السلامة وأمن البلد وعجزه عن واحد هؤلاء المذكورين و سافر بها فالاقرب الضمان لانه التزم الحفظ في الحضر ، فليؤخر السفر أو يلزم خطر الضمان ، انتهى .

وظاهر آخر كلامه جواز السفر من غير ضرورة مع العجز عن أحد هؤلاء واستصحاب الامانة مع التزام الضمان ، ومنعه في المسالك في الصورة المذكورة فقال بعد نقل ذلك عنه : والاجود المنع ، وهو الاقرب الى جادة الاحتياط المطلوب في أمثال هذه المقامات الخالية من النصوص .

وكيف كان فالضمان مما لا اشكال فيه ، فان ظاهر اطلاق الايداع والحفظ انما ينصرف الى الحضر ، ولان السفر لا يخلو من خطر في الجملة ، ويؤيده أنه الاوفق بالاحتياط .

تنبيهات :

أحدها - قال في التذكرة : لو عزم المستودع على السفر فدفن الوديعة ثم سافر ضمنها ان كان دفن في غير حرز ، فان دفنها في منزله في حرز ولم يعلم بها أحداً ضمنها أيضاً ، لانه غرر بها ، ولانه ربما هلك في سفره فلا يصل صاحبها اليها ، لانه ربما خرب المكان أو غرق فلا يعلم أحد مكانها ، فان أعلم بها غيره وكان غير أمين ضمن ، لانه قد زادها تضييعاً ، وان كان أميناً ولم يكن ما كُتِبَ في الموضع ضمنها ، لانها لم يودعها عنده ، وان كان ما كُتِبَ في الموضع فان كان مع عدم صاحبها والحاكم جاز ، لان الموضع وما فيه في يد الامين ، والاعلام كالإيداع ، انتهى .

وثانيها - هل المراد بالسفر هنا هو السفر الشرعي أعني قصد المسافة أو ما هو أهم منه ومن العرفي كالتردد فيما دون ذلك ، قال في شرح القواعد : لم أقف على تحديد ، والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة ، فعلى هذا لا يجب الرد الا بالخروج الى مسافة ، وهو مشكل لانه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لا يعد في يده عرفاً يجب أن يقال أنه ضامن ، لانه أخرج الوديعة من يده ، فقصّر في حفظها فيضمن ، وينبغي الجزم بأن تردده في البلد وما حوله في المواضع التي لا يعد الخروج اليها في العادة خروجاً عن البلد وانقطاعاً عنه كالبساتين ونحوها لا يجب معها رد الوديعة ، ومن تعذر الحاكم والثقة كذا ذكره المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد ، وهل الجميع من كلام الشرح أو ممزوجاً بكلامه احتمالان ، حيث أنه لا يحضرني الان الشرح المشار اليه .

وقال في المسالك : وأما السفر فالاولى حمله على العرفي أيضاً لا الشرعي ، فعلى هذا لا يجوز استصحابها في تردده في حوائجه الى حدود البلد ، وما قاربه من القرى التي لا يعد الانتقال اليها سفرأ مع أمن الطريق ، ولا يجوز إبداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها ، كما لا يجب ردها على المالك ، انتهى .

وقال المحقق الاردبيلي - بعد ذكر ما قدمنا ذكره نقلاً عنه من كلام شرح القواعد و كلام في البين ونعم ما قال : فانه الحق الحقيقي بالامتثال - : واعلم أنه ليس في الايات والاخبار ما يمنع السفر بالودعة ، ولا عدم السفر للودعي الا بأن يسلمها الى المالك أو الى الحاكم أو يودعه عند ثقة ، حتى يجب علينا تحقيق السفر ، بل هو كلام الفقهاء ، بل فقهاء العامة .

ثم قاله الاصحاب أيضاً ، والذي علم أنه يجب حفظها على ما يقتضيه العرف والعادة في ذلك الشيء ومن مثل ذلك الشخص كما أشرنا اليه ، فيجوز له فعل كل شيء ما لم يكن تركاً للحفظ عرفاً ، ولا يجب الكون عندها بعد وضعها في الحرز ، انتهى وهو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه .

والمفهوم من كلام العلامة في التذكرة - بالنظر الى سياق البحث - أن المراد بالسفر الشرعي ، فانه الذي يدور عليه كلامه وتمثيلاته ، وان لم يصرح بشيء من الفردين المذكورين .

وثالثها - ما تقدم في عبارة التذكرة من وجوب القبول على الحاكم لو عزم على السفر ، ولم يتمكن من الدفع الى المالك أو وكيله ، قد صرح به في القواعد أيضاً ، فقال : والاقرب وجوب القبض على الحاكم ، وكذا المدين والناصب اذا حملا الدين والنصب اليه ، وعلل الشارح وجه القرب قال : لانه منصوب للمصالح ولو لم يجب القبض فانت المصلحة المطلوبة من نصبه ، وهو الاصح ، ويحتمل ضعيفا عدمه ، تمسكاً باصالة البرائة ، وهو يرجع الى ما ذكره في التذكرة .

وفيه أنه لا دليل على ما ذكره ، من أن الغرض من نصبه هو ذلك ، بل غاية ما يفهم من الاخبار أنه منصوب للحكم والقضاء والفتوى خاصة ، وهي الاخبار الدالة على نيابته عن الامام (عليه السلام) وكما لم يقم دليل على وجوب ذلك على الامام (عليه السلام) الذي هو المنوب عنه في الاحكام ، كذلك لم يقم بالنسبة اليه ، بل غاية اخبار النيابة انما هو ما ذكرناه ، على أنه اذا كان الغرض من

الدفع اليه انما هو الحفظ للمالك ، فهو غير منحصر فيه ، بل يحصل ذلك بالثقة .
وبالجملة فاني لأعرف لما ذكره من الوجوب هنا دليلاً واضحاً .

ورابعها - أنه ينبغي أن يعلم أن جواز السفر لضرورته أو ضرورتها مشروط بأمن الطريق ، فلو كان مخوفاً علماً أو ظناً بظهور بعض الامارات فظاهرهم أنه لا يجوز السفر بها والحال كذلك ، فلو سافر ضمن ، لانه تعزيز بها ، قالوا : حتى لو فرض الخوف أيضاً في الحضر ، وتعارض الخطران رجح الاقامة ، لان السفر في حد ذاته خطر ، فاذا انضم اليه اماره الخوف زاد خطره على الخطر ، والله العالم .

الخامس - ما ذكر من أنه يضمن بطرح الاقمشة في المواضع التي تعنفها والمراد طرحها كذلك مدة يمكن حصول التعنف فيها ، فلو لم يكن كذلك بأن طرحها مدة لا يحصل ذلك بل يقطع بعدم التعنف فلا ضمان ، فانه لا يعد تفريطاً يوجب ، ومثله وضع الكتب التي يخاف عليها من النداءة المفسدة بها ، ونحو ذلك والمرجع في الجميع في ذلك الى اشتراط كون الموضع صالحاً للوديعة بحسب حالها وما يناسبها مكاناً وزماناً ، الا أنك قد عرفت في الموضع الثاني ما ينجر به المناقشة الى هذا الحكم في هذا الموضع أيضاً والله العالم .

السادس - ما ذكر من الضمان مع ترك سقى الدابة أو علفها مدة لا تصبر عليه فتموت ، فانه لا خلاف فيه الا أن تخصيص الضمان بذلك محل اشكال كما سيظهر لك ان شاء الله .

وكيف كان فانها لومات بغيره ، فانه لا يضمن ، وكذا لومات في زمان لا تلف في مثله لم يضمن أيضاً ، لانها لم تلتف بذلك ، صرح به في التذكرة ، وقد تقدم نقله عنه آنفاً ، وكذا لا يضمن لو كان بهاجوع وعطش سابق لا يعلم بهما فماتت بهما ، بحيث لولا التقصير لما ماتت ، أما لو كان عالماً بهما فانه يضمن ، ولولم تمت بذلك بل نقصت ضمن النقصان .

اذ عرفت ذلك فاعلم أن عبارات الاصحاب في هذا المقام لا يخلو من اختلاف

واضطراب ، فان المفهوم من بعضها أن مجرد الترك ولو مرة واحدة تفريط موجب للضمان ، وكذا مجرد المخالفة لما أمر به المالك وان لم يترتب عليه الفوات ، ومتى تحقق الضمان زال حكم الوديعة كما تقدم ذكره مالم يحصل ايداع جديد ، والمفهوم من بعضها تخصيص الضمان بترك العلف والسقى مدة لا تعبر عليه فماتت ، كما عرفت من العبارة المتقدمة ، وهو مؤذن بتخصيص الضمان بصورة الموت ، ونحوها الصور الملحقة بها ، وكذا مجرد التقصير في الحفظ لا يوجب ضماناً الا مع التلف ، ولهذا قال في المسالك - ونعم ما قال بعد ذكر عبارة المصنف بنحو ما قدمنا ذكره ما صورته - : واعلم أن الواجب علفها وسقيها بحسب المعتاد لامثالها ، فالتقصان عنه يعد تفريطاً سواء صبرت عليه أم لا ، ومتى عد تفريطاً صار ضامناً لها ، وان ماتت بغيره ، هذا الذي يقتضيه قواعد الوديعة .

وحينئذ فتعلق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة لا تعبر عليه عادة ان أريد به هذا المعنى ، فلا اشكال من هذه الحيثية ، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها به ، مع كونها قد صارت مضمونة بالتفريط ، ومن شأن المضمون به أن لا تفرق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره ، وسيأتي له نظائر كثيرة في كلام المصنف وغيره .

وان أراد به معنى آخر أخص مما ذكرناه كما هو الظاهر أشكل الحكم بما سبق ، ومن توقف الضمان على ترك هذه المدة مع أن الواجب القيام بالمعتاد منه ، وبتركه يتحقق التفريط ، وفي عبارة العلامة ما هو أبلغ مما هنا ، قال في التذكرة : لو امتنع المستودع من ذلك ، وعنى به العلف والسقى حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة ، نظر ان ماتت ضمنها ، وان لم تمت دخلت في ضمانه ، وان نقصت ضمن النقصان ، وان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها ، هذه عبارته ، وقد علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدة تموت فيها عادة ، لتأخيرها زيادة عن العادة ، وللازيادة على ما تعبر عليه عادة ، انتهى .

وبالجملة فالمسئلة لا تخلو من الاشكال ، لعدم الدليل الواضح في هذا المجال ولم أقف في المقام الا على مارواه ثقة الاسلام في الكافي عن محمد بن الحسن (١) في الصحيح قال : كتبت الى أبي محمد (عليه السلام) رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره ، فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه ، فوقع (عليه السلام) هو ضامن لها ان شاء الله .

ورواه في الفقيه (٢) هكذا « رجل دفع الى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله أولم يأمره فوضعها في منزل جاره » الى آخر ما تقدم ومورد الخبر وقوع التلف بالمخالفة ، وهو مما لا اشكال فيه ، انما الاشكال في الضمان بمجرد المخالفة وان لم يترتب عليه التلف ، كما هو ظاهر شيخنا المتقدم ذكره وغيره .

المقام الثاني في التعدى : وقد عرفت أنه عبارة عن فعل ما لا يجوز فعله ، قالو : مثل أن يلبس الثوب أويركب الدابة أو يخرجها من حرزها لينتفع بها ، وكذا لو طلبت منه فامتنع من ردها مع الامكان ، فانه يضمن أيضاً ، ونحوه لو جهدها ثم قامت عليه البينة ، او اعترف بها ويضمن بالخلط بماله على وجه لا يتميز ، ويضمن أيضاً بفتح الكيس المختوم ، وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما ويضمن لو حمل الدابة أثقل مما أذن له فيه ، أو أشق ولو أودعه المالك في حرز مقفل ففتح القفل وأخذ بعضها ضمن الجميع ، ولو لم يكن في حرز أو كان الحرز من الودعي وأخذ بعضها ضمن ما أخذ خاصة .

والكلام في تحقيق هذه المواضع يقتضى بسطه في موارد : الاول - ما ذكر من الضمان بلبس الثوب وركوب الدابة ويجب تقييده بما اذا لم يتوقف الحفظ عليهما ، والا كان واجبا فضلا عن أن يكون جائزا كما لو كان الثوب من الصوف يتوقف حفظه من الدود على لبسه ، بحيث أنه لا يندفع ذلك بمجرد النشر في

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٩ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٨٨٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ١ .

الهواء وكذا الدابة لو توقف نقلها الى الحرز أوسقيها على ركوبها ، وفي حكم الثوب الكتب المودعة ، فلو توقف حفظها على المطالعة فيها ، أو النسخ منها لم يكن ذلك تعدياً .

قال في التذكرة : ولو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح ، لئلا يفسدها الدود ، ولو لم يندفع الفساد الا بأن يلبس ويفتق به رائحة الادمي وجب على المستودع لبسها ، وان لم يفعل ففسدت بترك اللبس أو تعريض الثوب للريح كان ضامناً ، سواء أمره المالك أو سكت عنه .

أقول قد عرفت في الموضع الثاني من المقام الاول (١) ما في هذا الكلام من الاشكال والساء العصال لدلالة الاخبار على عدم الضمان في صورة عدم التعريض للهواء ، وعدم وجوب ذلك وان هلك بطول المكث ، كما هو ظاهر الصحيحة المتقدمة ، ونحوها غيرها مما تقدم في كتاب الرهن (٢) وكما يضمن في الصورة المذكورة ، كذا يضمن عندهم لو أخرج الثوب من محله ليلبسه والدابة ليركبها ، فانه يضمن أيضاً ، وان لم يلبس ولم يركب كذا ذكره في التذكرة ، قال : لان الاخراج على هذا القصد خيانة ، فوضع يده على مال الغير خيانة وعدواناً من غير أمانة فيكون ضامناً انتهى .

ولو نوى ذلك ولم يخرج شيئاً منهما عن محله ولم يستعمله ، وكذا لو نوى أخذ الدراهم من الكيس ولم يأخذ ، قال في التذكرة في الضمان اشكال ، ينشأ من أنه لم يحدث في الوديعة فعلاً ولا قولاً ، فلا يضمن ، ومن أنه قصد الخيانة فصار خائناً ولا أمانة للخائن فيكون خائناً ضامناً ، ثم انه صرح أيضاً بأنه لو أخذ الوديعة من المالك بقصد الخيانة ، فالأقوى الضمان ، لانه لم يقبضها على سبيل الامانة ، فيده بدخيانة لا بد أمانة ، فلا يكون أميناً بل خائناً ضامناً .

(١) ص ٤٣٠ .

(٢) ج ٢٠ ص ٢٣٤ .

٢١ ج في جواز الامتناع والتأخير في دفع الوديعة الى أن يشهد ٤٤١

وفيه أن الظاهر أن صدق الخائن عليه شرعاً وعرفاً لا يحصل إلا بفعل ما يوجب الخيانة ، لا بمجرد النية ، والا لصدق على من نوى الزنا ولم يزن أنه زان ، ونحو ذلك ، ولا ريب في بطلانه .

الثاني - ما ذكر من الضمان لو طلبها المالك أو من يقوم مقامه فامتنع من ردها مع الامكان .

أقول : أما وجوب الرد مع الطلب فلا ريب فيه للآية والرواية قال الله تعالى (١) د ان الله يامركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها ، والاخبار بذلك قد تقدمت في صدر الكتاب (٢) والامر بالرد فوري عندهم ، وأما وجوب الضمان في الصورة المذكورة فالظاهر أن دليله الاجماع على أن التقصير موجب للضمان ، ولم أقف على نص في ذلك ، وقد تقدم في الموضع العاشر من البحث الاول (٣) تحقيق معنى الرد وتفصيل الكلام في هذا المقام .

فروع :

الاول - قال في التذكرة : لو أمره المالك بدفع الوديعة الى الوكيل فطلبها الوكيل لم يكن له الامتناع ، ولا التأخير مع المكنة ، فان فعل أحدهما كان ضامناً ، وحكمه حكم ما لو طلب المالك فلم يرد عليه ، الا أنهما يقتزمان في أن المستودع له التأخير الى أن يشهد المدفوع اليه على القبض لان المدفوع اليه هو الوكيل لو أنكر الدفع صدق يمينه ، وذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم انتهى .

أقول : مرجع الفرق بينهما الى أنه في صورة انكار الوكيل الدفع يحتاج المستودع الى البينة ، ومع عدمها يمين المنكر ، لان هذا الفرد أحد أفراد الكلية

(١) سورة النساء - الآية ٥٨ .

(٢) ص ٣٩٥ .

(٣) ص ٤٢٦ .

القائلة (١) «بأن البينة على المدعى ، واليمين على المنكر» ، وأما في صورة انكار المالك لسو ادعى الودعى الدفع اليه فانه وان كان أيضاً أحد هما مدعياً والاخر منكراً الا أنه من حيث كونه أميناً ومحسناً وقابضاً لمصلحة المالك فالقول قوله يمينه ، ولا يكلف البينة كما هي قاعدة الامين في أى موضع كان ، فهي مستثناة من القاعدة المذكورة بالنصوص الكثيرة هذا هو المشهور .

وقيل : ان عليه البينة في دعوى الرد على المالك أيضاً ، عملاً بالقاعدة المذكورة ، والاظهر ضعفه عملاً بالاخبار الدالة على حكم الامانة ، وأنه يقبل قول الامين يمينه ، والوديعة من جملتها كما تقدم ذكره .

الثاني : لو قال المالك له : رد الوديعة على فلان وكيلي ، فلم يطلب الوكيل الرد ، قال في التذكرة : ان لم يتمكن المستودع من الرد فلا ضمان عليه قطعاً ، لعدم تقصيره ، وان تمكن من الرد احتمل الضمان ، لانه لما أمره بالدفع الى وكيله فكأنه عزله ، فيصير ما في يده كالامانات الشرعية .

الثالث - قال في التذكرة أيضاً : لو أمره المالك بالدفع الى وكيله أو أمره بالايذاء لما دفع اليه ابتداء ، فالاقرب أنه لا يجب على المدفوع اليه الاشهاد على الايذاء ، بخلاف قضاء الدين ، لان الوديعة أمانة .

وقول المستودع مقبول في الرد والتلف ، فلا معنى للاشهاد ، ولان الودائع حقها الاخفاء بخلاف قضاء الدين ، وهو أظهر وجهي الشافعية .

أقول : فيه أنه قد صرح في الفرع الاول بأن للودعى التأخير عن الدفع الى الوكيل الى أن يشهد له على القبض ، لما يلزم بعدم الاشهاد من الضرر عليه لو أنكر الوكيل القبض ، وقد بينا الوجه فيه ، وهنا نفى الوجوب عنه ، وهذا لا يجمع الحكم الاول ، لان مقتضى ما ذكره أولاً أنه لا يجب على الودعى الدفع الامع الاشهاد له بالقبض ، ومقتضى هذا الكلام أنه لا يجب على الوكيل الاشهاد ،

واللازم من ذلك أنه لا يجب على الودعي الدفع في صورة أمر المالك بالدفع ، كما هو المفروض في كل من الموضعين ، ولاريب في بطلانه ، وقوله في الكلام الاخير لان قول المستودع مقبول في الرد انما هو مسلم بالنسبة الى دعواه الرد على المالك لما عرفت ، بناء على القول المشهور .

وبالجملة فان الظاهر عندى هو التدافع فيما ذكره في هذين الكلامين
الثالث - ما ذكر من الضمان لو جدها ثم قامت عليه البينة أو اعترف بها
وعلى بأنه انما كان البجود موجباً للضمان ، لانه خيانة ، حيث انه بانكاره يزعم أن يده عليها ليست نيابة عن المالك ، فلا يكون أمينه ، فيصير يده عليها يد ضمان لا يد وديعة وأمانة .

قالوا : ويعتبر في تحقيق الضمان بالبحود أمور : الاول - أن يكون بعد طلب المالك لها ، فلو جدها ابتداء أو عند سؤال غيره لم يضمن ، لان للوديعة مبنية على الاخفاء فانكاره بغير طلب يوجب الرد أقرب الى الحفظ ، ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها فقال : لى عندك وديعة فوجد فلهم في الضمان قولان : أحدهما ما اختاره في التذكرة ، وهو العدم ، لانه لم يمسكها لنفسه ولم يقر يده عليها بغير رضى المالك ، حيث لم يطلبها ، ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة ، ولا يرفع الامانة .

وثانيها - ما اختاره الشيخ على (رحمه الله) واستوجهه في المسالك من ثبوت الضمان ، قال المحقق المذكور : لان جوده يقتضى كون يده ليست عن المالك لان نفي الملزوم يقتضى نفي لازمه من حيث هو لازمه ، فلا يكون أميناً عنه فيضمن .

الثاني - أن لا يظهر بجوده عذراً بنسيان أو غلط أو نحوهما فانه لا يضمن ان صدقه المالك على العذر والا ففى الضمان وجهان : واستقر في التذكرة الضمان ، ووجهه يعلم مما سبق .

وفي المسالك أن عدم الضمان لا يخلو من وجه .

الثالث - أن لا يكون البجود لمصلحة الوديعة بأن يقصده دفع ظالم أو

متقلب على المالك أو نحو ذلك ، لانه محسن في ذلك ، وما على المحسنين من سبيل .
الرابع - ما ذكر من الضمان بالخلط بماله على وجه لا يتميز ، قال في
 التذكرة : اذا مزج المستودع الوديعة بماله مزجاً لا يتميز أحدهما عن صاحبه
 كدراهم مزجها بمثلها أو دنانير بمثلها ، بحيث لا يتميز بين الوديعة وبين مال المستودع
 أو مزج الحنطة بمثلها ، سار ضامناً ، سواء كان المخلوط بها دونها أو مثلها ، أو
 أزيد منها ، انتهى .

ومرجع ذلك الى اشتراك الجميع في التعدي الناشئ عن التصرف في الوديعة
 تصرفاً غير مشروع ، وتعييها بالمزج المفضي الى الشركة الموجب الى المعاوضة
 على بعض ماله بغير رضاه عند القسمة ، ولاريب أن الشركة عيب ، وربما يفهم من
 قوله بماله أنه لو كان الخلط بمال المالك لم يضمن ، وليس كذلك بل يضمن
 أيضاً كما صرح به في التذكرة في تسمية كلامه ، حيث قال : ولو مزجها بمال
 مالكها بأن كان له عنده كيسان وديعة ، يمزج أحدها بالآخر بحيث لا يتميز ضمن
 أيضاً ، لانه تصرف غير مشروع في الوديعة ، وربما ميز بينهما لغرض دعى اليه
 والخلط خيانة ، انتهى .

وسياتي الكلام في ذلك أيضاً ان شاء الله تعالى ، وكما يضمن في الصورتين
 المذكورتين ، فكذا فيما لو خلطه بمال مغبوب ، بل هو أشد الجميع أو بمال
 يكون عنده أمانة بغير الوديعة ، لصدق التصرف المنهى عنه في الجميع .

وفي التقييد بعدم التمييز بين المالين اشارة الى أنه لو تميز المالان فلا ضمان
 وهو كذلك عندهم ان لم يستلزم المزج أمراً آخر موجباً للضمان ، كما لو كان
 المال في كيس مختوم ، فانه وان لم يضمن بالمزج من حيث التمييز الا أنه يضمن
 من حيث فككه الختم الذي على الكيس كما سياتي ذكره ان شاء الله تعالى .

الخامس - ما ذكر من الضمان بفتح الكيس المختوم ، قال في التذكرة :
 لو أودعه عشر دراهم مثلاً في كيس ، فان كان مشدوداً أو مختوماً فكسر الختم وحل

الشداد أو فعل واحداً منهما ضمن ، لأنه هتك الحرز على ما تقدم ، وظاهرهم أنه لافرق في الضمان بكسر الختم وحل الشداد وبين أن يأخذ من الكيس شيئاً وعدمه ولا في الختم بين أن يكون مشتملاً على علامة للمالك وعدمه ، لاشتراك الجميع في العلة الموجبة للضمان ، وهي هتك الحرز والتصرف المنهى عنه ، ومثله الصندوق المقفل لفتح قفله ، هذا كله إذا كان الختم والشد من المالك ، فلو كان ذلك من الودعي فلا ضمان ، إذ لا هتك ولا تصرف فيما فعله المالك ، إلا أن يكون ذلك بأمر المالك ، فإنه عندهم في حكم فعل المالك ذلك .

بقي الكلام في أنه ربما كان القصد من الختم أو الشد انما هو الحفظ والمنع من الانتشار دون الاختفاء ، وعدم الاطلاع على ذلك ، والفارق بين الأمرين القرائن فإنه لا يبعد عدم الضمان في الصورة الاولى ، وبه جزم في المسالك وحيث يضمن للمظروف بفتح الطرف على الوجه المتقدم ، فهل يضمن الطرف أيضاً أم لا ؟ وجهان بل قولان : أولهما - اختاره في المسالك قال : للتصرف فيه المنهى عنه ، وثانيهما - استقر به في التذكرة ، لأنه لم يقصد الخيانة في الطرف وضعفه في المسالك بأن قصد الخيانة لا دخل له في الضمان ، بل التصرف ، قال : وقد استشكل في حكم ما لو عد الدراهم غير المختوم أو وزنها أو ذرع الثوب ، مع أن مقتضى تعليله عدم الضمان ، ولو خرق الكيس المختوم فإن كان الخرق تحت الختم ، فهو كفص (١) الختم ويزيد ضمان الطرف أيضاً وإن كان فوق الختم فليس الا ضمان الطرف .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر المحقق الأردبيلي (رحمه الله) المناقشة في هذا الحكم ، فإنه قال : بعد أن نقل عن التذكرة الضمان بمجرد فض الختم ، وخرق الكيس على الوجه المذكور .

والظاهر عدم الضمان في الموضعين لما فيه من عدم التصرف بخيانة ، وكأنه يخص التصرف هنا بغير الدراهم التي في الكيس ، حيث أنه لم يدخل يده فيها ،

(١) الفص بمعنى الكسر - فضه أي كسره .

وأن التصرف الموجب لضماتها إنما هو وضع اليد فيها والاخذ منها ، والا فأنما ذلك تصرف في الكيس خاصاً ، والمسئلة كغيرها بمحل من الاشكال ، فان كلامه لا يخلو من قرب ، وان كان ظاهرهم الاتفاق على أنه يضمن بمجرد فض الختم ، والله العالم .

السادس - ما ذكره من الضمان لو أودعه كيسين فمزجها ، ظاهر هذا الكلام يعطى وجوب الضمان بمجرد المزج ولو أمكن التمييز بينهما ، ولعله مبني على استلزامه ذلك التصرف في المالكين بغير اذن المالك ، الا أنه قد تقدم في المورد الرابع عدم الضمان مع امكان التمييز ، ويمكن أن يكون المراد بالمزج هنا هو ما كان على وجه لا يميز أحدهما من الآخر ولعل هو الظاهر من لفظ المزج ، وحينئذ فباخراجه ما في أحد الكيسين وصبه على الآخر يضمن ذلك المخرج خاصة ، لتصرفه فيه ، ولا يضمن ما في الكيس المصبوب عليه مع تميزه ، لانه لم يتصرف فيه ان لم يكن مختوماً ، وفك ختمه ، فانه يضمن من حيث فك الختم ، وربما نقل عن بعض اصحاب الضمان مطلقاً ، وان لم يكن مختوماً هذا كله اذا كان الكيسان للمودع ، كما هو المفروض أولاً ، أما لو كان أحدهما للمستودع فانه لاضمان مع بقاء التمييز كما تهدم ، لان له نقل الوديعة من محل الى آخر ، وله تفريغ ملكه ، ولا يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه .

السابع - ما ذكر من الضمان لو حمل الدابة أثقل أو أشق مما أذن له فيه ، ولا ريب في الضمان مع المخالفة واستعمالها في الاشق والاقل ، لانه تعد محض وتفريط موجب لذلك .

قال في المسالك - بعد قول المصنف وكذا لو أمره باجارتها لحمل أخف فأجرها لاقل ، ولا سهل فأجرها لاشق كالتطن والحديد - مالفظة : لا اشكال هنا في الضمان مع استعمال المستأجر لها في الاقل ، وهل يتحقق بمجرد العقد ؟ يحتمل ذلك ، لتسليطه على الاتفاح والعدوان ، فيخرج عن كونه أميناً ، كما

يضمن ببجوده ، بل مجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه كما لو نوى الخيانة أو التفريط ، أو قال : أنه يفعل ذلك ولم يفعل ، ولم أقف في ذلك على شيء يعتد به ، انتهى .

أقول لا ريب أن عقد الاجارة على هذا الوجه باطل ، لان المالك انما أذن له في الاجارة بحمل الاخف وهو قد أجرها لحمل الاثقل والاشق وهو خلاف ما أذن له فيه ، فيكون باطلا ، ولا يبعد تحقق الضمان بذلك من حيث التصرف بهذا العقد الموجب لتسليط المستأجر على خلاف ما أمر به المالك .

على أن التمثيل لعدم الضمان بما لو نوى الخيانة أو التفريط مع عدم الفعل محل اشكال أيضا ، فان العلامة في التذكرة قد صرح هنا بالضمان كما تقدم نقله عنه في المورد الاول ، وان كان فيه ما فيه كما أشرفنا اليه ثمة .

وبالجملة فالظاهر أن الاقرب بمقتضى قواعدهم هو القول بالضمان في الصورة المذكورة ، ثم انه على تقدير المخالفة ووجوب الضمان فهل يضمن الجميع أو بالنسبة ؟ ظاهره في المسالك الاول ، مع احتمال الثاني .

وجزم المحقق الاردبيلى بالاول من غير احتمال ، قال : لانه تعدى ، فلو تلف يأخذ منه تمام القيمة ، لا أن يقسط على المأذون وغيره ، ووجه الاحتمال الذي ذكره في المسالك هو في صورة حمل الاثقل ، أن القدر المأذون فيه غير مضمون ، وانما تعدى بالزائد فيقسط التالف عليهما .

أقول : ما ذكره جيد بالنسبة الى الاثقل ، كما لو أذن له في حمل وزن مخصوص أو كيل مخصوص لا ثقل فيه ، فزاد على ذلك الوزن أو الكيل ما حصل به الثقل ، فانه لا يبعد ما ذكره من التقسيط ، أما لو كان ما استأجر عليه آخر وأشق على الدابة فمجموع الحمل مغاير لما أذن به المالك ، فيتوجه النهي الى المجموع ، بخلاف الاول ، فانه انما يتوجه الى ما حصل به الثقل من الزيادة ، وهذا التفصيل بحسب الظاهر لا بأس به على مقتضى قواعدهم .

وقال في المسالك - بالنسبة الى تمثيل المصنّف بالقطن والحديد - والمراد

من الاشق في المثالين : أن الحديد أشق عند سكون الهوى ، والقطن أشق عند الهواء ، ومن ثم جمع بين المثالين .

الثامن - ماذا كر من الضمان لو جعلها المالك في حرز مقفل ، ففتح القفل وأخذ بعضها ، الى آخر ما تقدم .

أقول قد تقدم أنه اذا دفع اليه كياً مختوماً ففضه فانه يضمن الجميع بغض الختم ، وان لم يأخذ منه شيئاً ، فكذا هنا يضمن هنا بقاء القفل . وان لم يأخذ شيئاً ، ففيما اذا أخذ بعضها بطريق أولى .

أما لو لم يكن في حرز أو كانت ولكن الحرز للودعي ، فانه يضمن ما أخذه خاصة ، لانه لم يحصل منه تعد الا فيما أخذه .

وأما لو كان الكيس للودعي وشده بأمر المالك فهو بمنزلة شد المالك فيضمن بفتححه كما ذكره .

قال في المسالك : ولا فرق في ضمان المأخوذ بين أن يصرفه في حاجته وعدمه عندنا ، لان الاخراج على هذا القصد خيانة ، وعلى هذا فلو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقاً ، لانه لم يقبضها على وجه الامانة ، بل على سبيل الخيانة .

وفي تأثير النية في استدامة الاخذ كما تؤثر ابتداءً وجهان : من ثبوت اليد في الموضعين - مقترناً بالنية الموجبة للضمان - ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة ، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان ، وتردد في التذكرة . ويتحقق ذلك في صور : منها - أن ينوى الاخذ ولم يأخذ : والاستعمال ولم يستعمل ، وأن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ، ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك ، وقد جزم المصنف (رحمه الله) في ما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لا يضمن بمجرد النية ، انتهى .

أقول : فيه أن ما ذكره من الضمان بمجرد النية في المواضع المذكورة

مبنى على وجوب نية قصد الايمان في قبض الوديعة ، والا كان خائناً يترتب على قبضه الضمان ، وهو مشكل لعدم الدليل عليه ، وسدق الخائن عليه بمجرد هذه النية ممنوع ، اذ الظاهر أن الاتصاف بالخيانة لغةً وشرعاً وعرفاً **لما يتحقق بالتعدي والتصرف** ، لا بمجرد النية ، والا لصدق على الانسان كونه زانياً بمجرد نية الزنا ، وسارقاً بمجرد نية السرقة ، وهكذا ولا يقوله أحد ، ولهذا ان الله تعالى لا يأخذ بمجرد النية والقصد ، وانما يؤاخذ بالفعل والتصرف في جميع أفراد المعاصي من خيانة وغيرها .

وبالجملة فاني لا أعرف لكلامهم هنا وجهاً وجيهاً ، بل الظاهر خلافه كما عرفت وما نقله عن التذكرة من التردد قد تقدم ذكره في المورد الاول ، وقد أشرنا في رده الى ما ذكرناه هنا على أن ما ذكره أيضاً من الضمان للجميع بمجرد فتح القفل وفض الختم لا يخلو من المناقشة ، لعدم الدليل على ذلك ، والاصل براءة الذمة ، والتصرف هنا حقيقة أنما وقع في القفل والختم ، والى ما ذكرناه بميل كلام المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد أيضاً .

قال في التذكرة : وان كان الصندوق مقفلاً والكيس مختوماً ، ففتح القفل وفض الختم ولم يأخذ ما فيه فالاقوى الضمان لما فيه من الثياب والدرهم ، وهو أصح وجهي الشافعية ، لانه هتك الحرز ، والثاني للشافعية أنه لا يضمن ما في الصندوق والكيس ، بل يضمن الختم الذي تصرف فيه ، وبه قال أبو حنيفة ، انتهى . قال المحقق الاردبيلي - بعد نقل هذا الكلام بحذافيره - : هذا أولى لما مر غير مرة من الاصل وعدم تصرف وتقصير في الحفظ وغير ثابت كون هتك الحرز موجباً للضمان ، ولا بد له من دليل قائل ، انتهى وهو جيد .

تذنيب :

قد تقدم في صدر هذا الكلام أنه لو أخذ البعض ضمن ما أخذ خاصة في صورة ما اذا كان الحرز من المستودع أو لم يكن في حرز ، بقي الكلام في أنه

لو أعاد ما أخذه الى موضعه أو أعاد بدله ، فأما على الاول فان ظاهرهم بقاء الضمان ، وأنه لا يزول باعادته لان يده عليه صارت يد خيانة ، لا يخرج عنها الا بما تقدم من ايداع المالك له مرة ثانية ، كما في كل تفريط وتعد ، وسيأتي تحقيقه ان شاء الله .

ولا فرق في ذلك بين أن يمزجه بغير المضمون مزجاً لا يتميز عنه ، أم لا ، لان الجميع مال المالك ، غايته أنه قد صار بعضه مضموناً وبعضه غير مضمون ، وأن هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الاخذ .

قال في التذكرة - بعد فرض المسئلة في ايداع كيس فيه عشرة دراهم - وان لم يكن الكيس مشدوداً ولا مختوماً فأخرج منه درهماً لنفسه ضمنه خاصة ، لانه لم يتعد في غيره ، فان رده لم يزل عنه الضمان ، فان لم يختلط بالباقي لم يضمن الباقي ، لانه لم يتصرف فيه ، وكذا ان اختلط وكان متميزاً لم يلتبس بغيره وان امتزج بالباقي مزجاً يرتفع معه الامتياز فالوجه أنه كذلك لا يضمن الباقي ، بل الدرهم خاصة ، لان هذا المزج كان حاصلًا قبل الاخذ وهو أصح قولي الشافعية والثاني عليه ضمان الباقي لخلطه المضمون بغير المضمون ، فعلى ما اخترناه لو تلفت العشرة لم يلزمه الا درهم واحد ولو تلف منها خمسة لم يلزمه الا نصف درهم ، انتهى .

وأما على الثاني فانه لا يبرىء أيضاً باعادة البديل ، فانه اذا كان الضمان باقياً باعادة ما أخذه ففي بدله بطريق أولى ، لانه لم يتعين ملكا للمالك ، اذ لا يحصل الملك الا بقبضه أو قبض وكيله والمستودع ليس وكيلًا في تعيين العوض ، وانما هو وكيل في الحفظ ، وحينئذ فلا يخلو اما أن يكون المردود متميزاً عن الباقي بحيث لم يخلط به ، أو كان فيه علامة من سكة أو غيرها توجب الامتياز ، فانه لا يضمن سواء ذلك ، ولا يضمن الباقي ، أولاً يكون متميزاً بل مزجه بتلك الدراهم مزجاً لا يتميز منها ، فان ظاهرهم وجوب ضمان الجميع ، لما تقدم من أن مزج الوديعة بماله من موجبات الضمان للجميع والله العالم

البحث الثالث في اللواحق :

وفيه مسائل : الاولى - حيث أن الوديعة من العقود الجائزة بناء على أنه عقد ، فانه يجوز فسخها أي وقت شاء المستودع ، وبطريق الادلى لو كانت اذناً خاصة ، الا أنه لايجوز تسليمها الا الى المالك أو وكيله ، ومع تعذرهما فالى الحاكم الشرعى ، ومع تعذره في دفعها الى ثقة ، ولا ضمان مع عمله بهذا الترتيب فلو خالف ودفع الى الحاكم مع امكان الدفع الى المالك أو وكيله أو دفع الى الثقة مع امكان الدفع الى الحاكم ضمن عند الاصحاب من غير خلاف يعرف .

بقى الكلام في أن الظاهر أن جواز الرد في أي وقت شاء انما يتم بالنسبة الى الرد على المالك أو وكيله ، أما الرد على الحاكم أو الثقة فانما يجوز مع العذر المانع من الائتمان ، كخوف تلف الامانة في يده بحرق أو سرق أو اضطرابه الى السفر ونحو ذلك من الاسباب المانعة من بقاءها أمانة في يده ، وان لم يكن له عذر لم يجز الدفع الى الحاكم ولا الثقة بمعذره لانه وان جاز له فسخ عقد الوديعة متى شاء ، لانه عقد جائز الا أنه بقبول الوديعة قد التزم حفظها الى أن يردها على مالكها ، فلا يبرئ الا بالدفع الى المالك ، ولا عذر هنا يجوز له الخروج به عن ذلك من ضرورة تعرض له أو للوديعة كما تقدم .

وربما نقل عن بعضهم أنه أجاز دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك مطلقاً ، لانه بمنزلة وكيله ، قال في المسالك : وليس بذلك البعيد .

وقال في المسالك أيضاً : ثم انه على تقدير جواز دفعها الى الحاكم هل يجب عليه القبول ؟ كما اذا كان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله وجهان : من أنه نائب عن الغائب حينئذ ، وأنه منصوب للمصالح ولو لم يجب عليه القبض فانت المصلحة المطلوبة من نصبه ، ومن أصالة البرائة ، والاقوى الاول ، والوجهان آتيان في ما لو حمل اليه المديون الدين مع غيبة المدين ، والغاصب المصسوب أو بدله مع تلفه ، وغير ذلك من الامانات التي يليها الحاكم ، انتهى .

اياها ثانيا فانه يعود أميناً اجماعاً ، وبرء من الضمان ، انتهى .

وأما لولم يردّها ولكن جدد له المالك الايداع بأن أذن له في الحفظ فقال :
أذنت لك في حفظها أو قال : أودعناها أو استأمنتك عليها فظاهر الاكثر أنه كالاول .

و علل بأن الضمان انما كان بحق المالك ، وقد رضى بسقوطه باحدائه ما
يقتضى الامانة ، وهو اختياره في التذكرة ، حيث قال : لولم يسلمها الى المالك
لكن أحدث المالك له استيمانا فقال : أذنت لك في حفظها أو أودعناها أو
استأمنتك أو برءك من الضمان فالاقرب سقوط الضمان عنه ، وعوده أميناً لان
التضمن حق المالك ، وقد رضى بسقوطه ، وهو أصح قولى الشافعى .

والثانى أنه لا يزول الضمان ولا يعود أميناً لظاهر قوله (عليه السلام) (١)
« على اليد ما أخذت حتى تؤدي » انتهى ، وظهره في المسالك التوقف في هذا
المقام ، قال : ويمكن بناء ذلك على أن الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان
عنه أم لا ؟ فان المستودع هنا قد صار بتعديده بمنزلته ، والمسئلة موضع اشكال -
اذ لامنافاة بين الوديعة والضمان كما في القرض المذكور ، فلا يزول الضمان
السابق بتجدد ما لا ينافيه ، مع عموم قوله (صلى الله عليه وآله) على اليد ما أخذت
حتى تؤدي » (٢) - ومن أنه قد أقام يده مقام يده ، وجعله وكيلا في حفظها ،
وذلك يقتضى رفع الضمان ، وقد سلف البحث في نظائرها في مواضع ، كالرهن
والقراض والاوى هنا زوال الضمان ، لان المستودع نائب عن المالك في الحفظ ،
فكانت يده كيده ، وقبضه لمصلحته ، فكان المال في يده بمنزلة ما كان في يد
المالك ، بخلاف الرهن ، انتهى .

ومرجع الوجه الثانى الى ثبوت المنافاة بين الوديعة والضمان الذى معه
أولا وهو الاظهر ولهذا رجع به فى آخر كلامه عن الاستشكل الذى ذكره أولا .
وظاهر عبارة التذكرة المتقدمة أن البراء من الضمان فى حكم الالفاظ

المذكورة في تجدد الوديعة ، لما علله به من أن التضمن حق للمالك ، وقد رضى بسقوطه ، وربما أشكل بأن معنى الضمان أن العين لو تلفت وجب عليه بدلها ، والحال أنها الآن لم تلف ، فتكون البرائة من الضمان ابراء مالم يجب . ورد بأن الضمان المسبب عن التعدي معناه جعل ذمة الوديعة متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ، ولزوم البديل ثمرة الضمان وفائدته ، لانفسه ، والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني .

ويدل على أن المراد من الضمان هو المعنى الاول أنهم يحكمون عليه بمجرد العدوان ، فيقولون صار ضامنا ، ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك ، مع أن لزوم البديل لم يحصل بذلك ، وانما حصل قبول ذمته له ، وهذا معنى زواله بالبرائة ، بل هو متعلق بالبرائة .

الثالثة - اذا أنكر الوديعة أو أقربها ولكن ادعى التلف أو ادعى الرد ولا بينة فهيها مقامات ثلاثة .

الاول - الانكار ، والظاهر أنه لاخلاف ولا اشكال في قبول قوله فيه ، لانه منكر ، والاصل عدمها من غير معارض .

الثاني : دعوى التلف ، والمشهور قبول قوله فيه يمينه وان كان مدعياً ومخالفا للاصل ، لانه أمين فيقبل قوله على من ائتمنه ، بل ظاهر التذكرة دعوى الاجماع على ذلك ، قال : اذا طلب المالك من المستودع الرد فأدعى التلف ، فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا ، سواء ادعى التلف بسبب ظاهر ، أو خفي . لانه أمين في كل حال ، فكان القول قوله في كل حال هو أمين فيها ، انتهى .

وظاهر الاصحاب أنه لا فرق في الحكم المذكور بين دعواه التلف بسبب ظاهر كالحرق والفرق ، أو خفي كالسرق ، لا اشتراكهما في المعنى وقد عرفت من ظاهر العلامة دعوى الاجماع على ذلك .

وظاهر الشيخ في المبسوط الفرق بين ذلك ، فقال : بقبول قوله في الثاني ،

دون الاول ، حيث قال بعد كلام فى المقام - : وجملته أن كل موضع يدعى الحرق والنهب والفرق فانه لا يقبل قوله الا بالبينة ، و كل موضع يدعى السرقة والغصب أو يقول : تلف فى يده ، فإن القول قوله مع يمينه بلاينة ، والفرق أن الحرق والفرق لا يخفى ، ويمكن اقامة البينة عليه ، بخلاف السرقة ، انتهى .

و ظاهر العلامة فى التذكرة القبول مع الاطلاق ، وعدم تعيين السبب الموجب للتلف ، كما يشير اليه كلام الشيخ المذكور أيضاً ، حيث خص عدم القبول بدعوى السبب الظاهر ، وعد دعوى التلف مطلقاً فيما يقبل قوله .

ثم ان ظاهر الاكثر قبول قوله مع اليمين لا بدونها ، وقد سمعت من عبارة التذكرة دعوى الاجماع عليه ، مع أن الصدوق فى المقنع قال : يقبل دعوى التلف والضياع بلايمين .

قال : « وسئل الصادق (عليه السلام) عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولايمين عليه » (١) قال : وروى فى حديث آخر (٢) أنه قال : « لم يخنك الامين ولكنتك ائتمنت الغائن » . وقال فى كتاب من لا يحضره الفقيه (٣) مضى مشايخنا (رضي الله عنهم) على أن قول المودع مقبول ، فانه مؤتمن ولايمين عليه وقال الشيخ فى النهاية ولايمين على المودع ، بل قوله مقبول ، فان ادعى المستودع أن المودع قد فرط أضيع كان عليه البينة ، فان لم يكن معه بيينة كان على المودع اليمين .

وقال ابن الجنييد واذا قال : قد ضاعت أو تلفت فالقول قوله ، فان اتهم أحلف ، وكذا قال : أبو الصلاح .

أقول : كلامهما يرجع الى ما ذكره فى النهاية ، والمشهور بين المتأخرين اليمين مطلقاً ، قال فى المختلف : والاشهر التسوية بين الحكيم فى وجوب

(١) و (٢) و (٣) الفقيه ج ٣ ص ١٩٥ ح ٧ ص ١٩٤ ، الوسائل ج ١٣

اليمين ، لان قول المودع أنها سرق أو ضاعت دعوى ، فلا بد فيها من اليمين ولم يوجب البينة ، لانه أمين ، انتهى .

وحينئذ فالاقوال في المسئلة أربعة ، ولم أقف على حديث ظاهر في اليمين في هذا المقام ، وغاية ما استدلل به العلامة في المختلف لذلك حسنة الحلبي (١) عن الصادق (عليه السلام) « قال صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان » وأنت خير بما فيه ، بل ربما كان بالدلالة على خلاف ما ادعاء أنسب ، فان مقتضى كونه أميناً أن يقبل قوله من غير يمين ، كما هو ظاهر جملة من الاخبار ، منها الخبر المتقدم نقله عن المقنع ، مع فرض كون الودعي غير ثقة ، وهو أبلغ في الدلالة .

ومنها مارواه في الكافي عن مسعدة بن صدقة (٢) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : ليس لك أن تتهم من ائتمنته ، ولا تأمن الخائن وقد جربته » .

ومارواه في قرب الاسناد عن مسعدة بن صدقة (٣) عن أبي عبدالله (عليه السلام) « قال : ليس لك أن تأمن من خائنك لاتهم من ائتمنت » .

وعن مسعدة بن زياد (٤) « عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال : ليس لك أن تتهم من ائتمنته ، ولا تأمن الخائن وقد جربته » .

والتقريب في هذه الاخبار أن منشأ اليمين انما هو الاتهام له ، وعدم تصديقه ، وقد نهوا عن اتهامه ، فلا وجه لليمين حينئذ بل يجب تصديقه وقبول قوله من غير يمين ففي هذه الاخبار رد أيضاً على الشيخ ومن قال بقوله من أن له احلافه مع تهمته فان هذه الاخبار نهت عن اتهامه ويؤيد هذه الاخبار أيضاً الاخبار الدالة على أنه لم يخنك الامين ، ولكن ائتمنت الخائن ، فانها ظاهرة في أنه لا يجوز له أن يخونه ، وينسبه الى الخيانة بعد اعتقاد كونه أميناً ، وايداعه لذلك .

(١) القتيه ٣ ص ١٩٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٧ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٨ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ٩ .

(٣) و (٤) الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٩ ح ٩ و ١٠ الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة

الرقم ٩ و ١٠ قرب الاسناد ص ٣٥ .

ومنها ما رواه في الفقيه مرسل (١) د قال : وروى أن رجلاً قال للمصدق (عليه السلام) اني ائتمنت رجلاً على مال أودعته عنده فخافني وأنكر مالي ، فقال : لم يخنك الأمين ولكن ائتمنت أنت الخائن ، ورواه الشيخ أيضاً (٢) مرسل . وهو ظاهر فيما قلناه ، وبه يظهر لك قوة قول الصدوق في المسئلة ، ويمكن حمل كلام الشيخ وابن الجنيد وأبي الصلاح على ائتمان من يتهمه ، بمعنى أنه لا يعتقد أمانته وقت الابداع ، بل يجوز الخيانة عليه كما يدل عليه بعض الاخبار الواردة في تضمين القصار ونحوه .

أقول : ويؤيد ما قلناه هنا ما سيأتي انشاء الله من الاخبار في كتاب العارية ، وما ذكرناه غير خاص بالوديعة ، بل كل موضع ثبت كونه أمانة من عارية ، أو مضاربة ، أو وكالة أو نحوها ، كما سيأتي تحقيقه - انشاء الله تعالى - في كتاب العارية .

الثالث - مالو ادعى الرد على المالك ، وفيه اشكال من حيث أن الأصل عدم الرد وعدم البينة على المدعى ، ومن حيث أنه أمين ومحسن وقابض لمصلحة المالك ، والمشهور قبول قوله بيمينه .

قال في التذكرة ، فان ادعى ردها على من ائتمنه وهو المالك قدم قوله باليمين ، على اشكال ينشأ - من أنه أمين يقبل قوله مع اليمين كالمكلف ومن كونه مدعياً فافتقر الى البينة ، وظاهره التوقف في الحكم ، وبقائه على الاستشكال لعدم الترجيح بشيء من الدليلين على الآخر .

وكذلك شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث جرى على ما جرى عليه في التذكرة ، ونحوه الشهيد في شرح نكت الارشاد حيث اقتصر على مجرد نقل وجهي الاشكال المذكور وهو في محله .

ولو ادعى الرد الى وكيل المالك فظاهرهم أنه كدعوى الرد على المالك ،

(١) و (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٩٥ ج ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨١ ج ٩

الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٨ ج ٦ .

لان يده كينه ، ولو ادعى الرد على الوارث فعليه البينة ، لخروج هذا الفرد عما نحن فيه ، لان الوارث لم يأتئمنه ، فلا يكلف تصديقه ، والاصل عدم الرد .

الرابعة - قد عرفت الحكم فيما لو ادعى الودعي رد الوديعة على المالك أو وكيله أو وارثه بقى الكلام هنا في ما لو ادعى الرد على غير من ذكر لكن باذن المالك ، ولا يخلو الحال هنا ، اما أن يوافق المالك على دعوى الاذن ، أو ينكر ذلك ، فهنا مقامان : الاول - أن يوافق المالك على ذلك ، ولكن المدفوع اليه ينكر ذلك ، والدافع لم يشهد عليه ، وقد اختلف كلامهم في هذا المقام ، ومثله ما لو أمره بقضاء دينه فقضاء عنه ، ولم يشهد على الدفع ، مع انكار المدفوع اليه ، والاقوال هنا ثلاثة : فقيل : يضمن الدافع في الموضعين ، وقيل : لا يضمن فيهما وقيل : بالتفصيل ، فيضمن في القرض ، ولا يضمن في الوديعة .

قال في المختلف : اذا أمره بالايدياع فلم يشهد عليه قوى الشيخ عدم الضمان ، ولو أمره بقضاء الدين قال : يضمن بترك الاشهاد وان صدقه عليه ، فانه فرط حيث دفع دفعاً غير مبرى ، ولو قيل بالتسوية في الموضعين في عدم الضمان كان وجهاً ، لانه امتثل ما أمره به ، وجهود القابض لا يوجب الضمان على الدافع ، والبرائة في نفس الامر قد وقعت ، انتهى .

مع أنه في التذكرة قوى مذهب الشيخ ، ومنع ما اختاره هنا ، فقال : لو أمره بالايدياع لمادفعه اليه ابتداء فالأقرب أنه لا يجب على المدفوع اليه الاشهاد على الايدياع ، بخلاف قضاء الدين ، لان الوديعة أمانة ، وقول المستودع مقبول في الرد والتلف ، فلامعنى للاشهاد ، ولان الوديعة حقها الاخفاء بخلاف قضاء الدين وهو أظهر وجهى الشافعية .

والثاني أنه يلزمه الاشهاد كقضاء الدين ، وقد بينا الفرق ، انتهى .

ثم قال - في المسئلة التي هي محل البحث - : ولو اعترف المالك بالاذن والدفع معاً لكنه قال : انك لم تشهد عليه ، والمدفوع اليه ، ينكر ، كان مبنياً

على الخلاف السابق ، فى وجوب الاشهاد على الابداع ، فان أوجبناه ضمن ، والا فلا ، ومن هذا الكلام علم القول الثانى ، والثالث ، وحجة كل منهما .

وأما القول الاول فنقله فى المسالك قولاً فى المسئلة ، ولم يسنده ، وعلمه بأنه يضمن فيهما ، لان اطلاق الاذن يقتضى دفعاً ثابتاً يمكن الرجوع اليه عند الحاجة ، فاذا ترك الاشهاد فقد قصر ، خصوصاً الدين ، فان الغرض منه براءة الذمة ، ولا يظهر الا بالاشهاد ، لان العزيم اذا أنكر فاقول قوله .

والمحقق فى الشرايع اختار فى كتاب الودیعة عدم وجوب الاشهاد على أداء الودیعة ، وفى كتاب الوكالة قال بالتفصيل على تردد ، وظاهره فى المسالك اختيار القول بالتفصيل ، حيث أنه استحسنه من بين الأقوال المذكورة ، والمسئلة عندى محل توقف واشكال ، لعدم الدليل من النصوص ، وتدافع هذه التعليقات ، مع ما عرفت فى غير موضع من أنها لاتصلح لتأسيس الاحكام الشرعية والله العالم .

الثانى - أن ينكر المالك الاذن وحينئذ فاقول قوله يمينه ، اذا لم يكن يمينه ، لانه منكر ، ويكون الحكم فيه كدعوى الرد على الوارث ، لان المدفوع اليه لم يأتئنه ليقبل قوله عليه ، وليس بوكيل لتكون يده كيد الموكل .

وبالجملة فالظاهر أن المسئلة المذكورة من جزئيات مسئلة المدعى والمنكر يوجب البينة على المدعى ، واليمين على المنكر .

واحتمل بعض المحققين كون القول قول المستودع يمينه ، نظراً الى ما تقدم من أنه أمين ، والظاهر ضعفه ، لان القدر المقطوع به من الاخبار وكلام الاصحاب اختصاص ذلك بغير ما ذكرناه من دعوى التلف بأى أنواعه ، أو الرد على المالك أو وكيله .

بقى الكلام فى أنه متى حلف المالك فلا يخلو اما أن يكون من ادعى عليه القبض مقرأ بذلك ، أو منكراً ، وعلى تقدير الاول اما أن يكون موجودة أو تلفت ، فهيهنا صور ثلاثة : أحدها - أن يقر بالقبض والعين موجودة ، ولا

اشكال في وجوب ردها الى المالك ، قال في التذكرة : فان غاب المدفوع اليه في هذه الصورة كان للمالك أن يفرم المستودع ، فاذا قدم الغائب أخذها المستودع وردها على المالك ، واسترد البديل الذي دفعه ، وهو ظاهر في التخيير بين الرجوع على الودعي والصبر الى قدوم الغائب ، الا أنه مع الرجوع على الودعي فالحكم ما ذكره .

الثانية - الصورة المذكورة مع تلف العين ، والحكم عندهم أنه يتخير المالك في الرجوع على من شاء منهما ، وليس للغارم منهما أن يرجع على صاحبه ، لزعمه أن المالك ظالم له في أخذ البديل منه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه .

الثالثة - أن ينكر القبض الذي ادعاه المستودع ، وحينئذ فالقول قوله يمينه مع عدم البينة ، فيختص الغرم بالمستودع .

الخامسة - اختلف الاصحاب فيما لو أنكر الودیعة فأقام المالك البينة عليها فصدقها بعد الانكار الا أنه ادعى التلف قبل انكاره ، فقيل : لا يسمع دعواه التلف ، لانه بانكاره السابق مكذب لدعواه الاخيرة فلا تسمع لتناقض كلاميه ، ولا يتوجه بها يمين عليه ولا على المدعي عليه ، ولو أقام بينة أيضاً فانها لا تسمع بينته ، لانه مكذب لها ونقل هذا القول في المختلف عن الشيخ ، وأيده بعضهم بأنه بانكاره الودیعة يصير خائناً ، فخرج عن الامانة وصار ضامناً .

وقيل : أنه اذا قال المودع : ما أودعنتي شيئاً ثم اعترف بالودیعة وادعى هلاكها لم يضمن اذا حلف ، لان انكاره يجوز أن يكون عن سهو ونسيان لها ، ونقله في المختلف عن ابن الجنيدي ، وهو ظاهر في قبول قوله مع عدم البينة .

وذهب العلامة في المختلف الى ما قدمنا نقله عن الشيخ من أنه لا تسمع دعواه وان أقام بينة ، لانه مكذب لدعواه الهلاك بانكاره الودیعة ، الا أنه قال : لو طلب احلاف الغريم فله ذلك ، وفيه كما ترى دلالة على نوع من سماع دعواه ، فان ظاهر مذهب الشيخ أنه يجب عليه الضمان مطلقاً .

وقيل : أنه تسمع دعواه ، وتقبل بينته ، لجواز استناد جحوده الى النسيان فيعذر وهو اختيار المحقق في الشرايع ، والعلامة في التذكرة ، على ما نقله عنه في المسالك ، وهذا القول يرجع الى ما قدمنا نقله عن ابن الجنيـد .

وفي القواعد اختار القول الاول وقد تبين من ذلك أن في المسئلة أقوالاً ثلاثة ، وكلها للعلامة في كتبه المذكورة ، وفي المسئلة أيضاً قول رابع نقله في المسالك عن الشهيد (رحمه الله) واستحسنه ، وهو أنه ان أظهر لانكاره تأويلاً كقوله ليس لك عندي وديعة يلزم من ردها أو ضمانها أو نحو ذلك ، قبلت دعواه ، وسمعت بينته ، وان لم يظهر له تأويلاً لم يقبل .

أقول : ويؤيد هذا القول ما يظهر من المسالك من أن محل الخلاف في المسئلة ما اذا كان الجحود بانكار أصل الابداع ، أما لو كانت صورته لا يلزم من شيء اليك أو نحو ذلك من الالفاظ المذكورة في هذا القول فقامت البينة بها ، فادعى التلف أو الرد سمعت دعواه ببينته ، لعدم التناقض بين كلاميه .

قال في القواعد : وان أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل ، فان كان صيغة جحوده انكار أصل الودیعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الأقوى لتناقض كلاميه ، وان كان صيغة الجحود لا يلزمه شيء قبل قوله في الرد والتلف مع البينة بدونها في الاخير ، وفي الاول على رأى .

أقول : قوله على الأقوى اشارة الى ما قدمنا نقله عنه من اختياره القول الاول ، وقوله وفي الاول على رأى ، يعنى الرد ، اشارة الى الاشكال المتقدم ذكره فيما لو ادعى الرد .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن عندي في عدة في المسالك ما نقله عن الشهيد من التفصيل قولاً رابعاً نظراً ، بل الظاهر أنه يرجع الى القول الاول . وذلك فان الظاهر من كلامه كما قدمنا الاشارة اليه أن محل الخلاف انما هو فيما اذا كان الجحود بانكار أصل الابداع حيث قال بعد نقل الاقوال الاربعة : هذا كله اذا كان الجحود بانكار

أصل الابداع ، أما لو كان صورته ما يلزمني شيء أولاً يلزمني تسليم شيء إليك أو مالك عندي وديعة أو ليس لك عندي شيء فقامت البينة بها فادعي التلف أو الرد سمعت دعواه وبينته ، لعدم التناقض بين كلاميه ، انتهى .

ومرجع هذا الكلام الى ما ذكرناه من أن محل الخلاف والاقوال الاربعة التي قدمناها قبل هذا الكلام انما هو في صورة الجحود بانكار أصل الابداع ، والقول الذي نقله رابعاً ظاهر في أنه مع الجحود بهذه الكيفية ، حيث لا يقبل قوله التأويل لا يقبل قوله ، وأما اذا كان جحوده لا بهذه الكيفية بل بهذه الالفاظ التي يقبل التأويل فانه وان كان يقبل ، إلا أنه خارج عن محل البحث ، والخلاف في المسئلة كما ذكره في كلامه الاخير وبالجمله فبالتمائل في كلامه يظهر صحة ما قلناه .

قال في المسالك : وحيث قلنا بقبول بينته ان شهدت بتلفها قبل الجحود براء من الضمان وان شهدت بتلفها بعده ضمن لخياسته بالجحود ، ومنع المالك منها وهو جيد ، والله العالم .

السادسة - المشهور بين الاصحاب على ما نقله في المسالك أنه اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها فانها تخرج من أصل تركته ، ولو كان له غرماء وضافت التركة حاصهم المستودع ، وعلل بأن اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها ، والتزامه بها الى أن يردها الى مالكها ، فاذا لم تعلم كان ضامناً لها ، لعموم (١) «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ، ولانه بترك تعيينها مفرط فيها ، فيضمن ، ولان الاصل بقاءها في يده الى الموت وبعده يكون في جملة التركة ، فاذا تعذر الوصول الى عينها ، وجب البديل فيكون بمنزلة الدين ، فيحاص الغرماء وتردد في هذه المسئلة المحقق في الشرايع ، واستشكل فيها العلامة في القواعد والارشاد ، ومنشأ التردد والاستشكل مما ذكر ، ومن أن اعترافه بها في حياته انما يقتضي وجوب الحفظ ، والا فدمته بريئة من ضمانها فاذا مات ولم تعلم ، احتمال

تلفها قبل الموت بشير تفريط ، أو ردها الى المالك ، والاصل برائة ذمته من الضمان ، وكون التلف على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل ، وليس متنافيين حتى يقال : أنهما تعارضا فتسا قطا ، اذ لا يلزم من بقاءها وعدم تلفها تعلقها بالذمة ليلزم الضمان كما ادعوه .

قال - شيخنا الشهيد (رحمه الله) في شرح نكت الارشاد بعد قول المصنف (ولومات ولم يوجد أخذت من التركة على اشكال) - : مالفظه منشأ النظر الى اصالة برائة الذمة من الضمان ، فينزل على تلفها بغير تفريط ، اذا لاصل عدمه ، والاتفات الى قوله (١) (صلى الله عليه وآله) « على اليد ما أخذت » ، ولأصالة عدم التلف بها ، انتهى .

وأنت خير بأنه بالنظر الى الجحود على أمثال هذه التعليقات هو عدم الضمان ، لان الوديعة من حيث هي لاتعلق لها بالذمة الامن حيث أسباب التعدي أو التفريط المتقدمة ، والمفروض أنه لاشئ منها ، وغاية ما يجب على الودعي الحفظ لها خاصة ، ومجرد عدم وجودها بينها بعد الموت لا يستلزم تفريطاً ولا تعدياً ليحصل به الضمان ، فأصالة عدم الضمان ظاهرة ، وان فرض احتمال بقاءها واحتمال الرد الى المالك ، والتلف بغير تفريط قائم في العين ، وحديث (٢) « على اليد ما أخذت » يمكن تخصيصه بالامانات ، بمعنى خروج الامانات من عمومها ، وليس هنا ما يوجب الخروج عن كونها أمانة من تفريط أو تعد يوجب الضمان والتعلق بالذمة ، حتى يقال : ان عليها ما أخذت .

وبه يظهر وجه ما استظهرناه ، ومن ثم قال في المسالك - بعد الكلام في المسئلة - والا قوى انه ان علم بقاء عينها الى ما بعد الموت ولم تتميز قدم مالكها على الغرماء ، وكان بمنزلة الشريك ، وان علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء ، والا فلا ضمان أصلاً ، لأصالة برائة الذمة ، وأصالة بقائها الى الان لو سلمت لا تقتضي

تعلقها بالذمة ، انتهى وهو جيد .

ثم ان ما ذكرناه من عدم الضمان هنا هو ظاهر اختيار العلامة في التذكرة حيث قال : قدينا الخلاف فيما اذا كان عنده وديعة ، ولم توجد في تركته ، وان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي عليه فتوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية أن عليه الضمان ، ثم نقل عن الشافعي أنها اذا لم توجد بعينها حاص المالك الغرماء ، ونقل اختلاف أصحابه في هذه المسئلة .

وكيف كان فالمسئلة المذكورة لخلوها عن النص الواضح غير خالية من الاشكال ، وان كان ما ذكرناه لا يخلو من قرب بالنظر الى هذه التعليقات والله العالم .

السابعة - لو كان في يده وديعة فادعاها اثنان ، بأن ادعى كل واحد أنها له بخصوصه ، فاما أن يقر بها الودعي لاحدهما ، أو يقر لها ، أو يكذبهما ، أو يقول : لأدري لا يكما هي مع قطعه باحصارها فيهما ، أو يقول ، لأدري لمن هي لكما أو لغير كما ، فهنا صور : الاولى أن يقر بها لواحد منهما خاصة وقد صرح الاصحاب بأنها يحكم بهالمن أقر له بها ، ويجب دفعها اليه ، ويجب على الودعي أن يحلف للاخر . فان حلف سقطت دعوى الاخر عنه ، وبقي النزاع بين المدعين ، ولمن لم يقر له الودعي احلاف صاحبه الذي أقر له الودعي ، ودفع اليه الوديعة ، فان حلف استقر الملك له . وان تكل الودعي عن اليمين للاخر أحلف ذلك للاخر على استحقاقها ان لم نقل بأنه يقضى عليه بالنكول ، وعلى كل من الوجهين فانه يفرم الودعي حينئذ لذلك الاخر المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبين الوديعة باقراره للاول ، أما في صورة القضاء بالنكول فظاهر ، وأما في صورة حلف الاخر فلان اليمين المردودة عندهم بمنزلة اقرار المنكر ، فانه لو أقر بها ثانياً للاخر بعد أن أقر بها أولاً للاول ، لزمه الغرم مثلاً أو قيمة ، وكذا ما هو بمنزلة الاقرار .

وربما قيل : بأن اليمين المردودة كالبينة من المدعي ، وحينئذ فكما

يحتمل - أن يكون الحكم فيها ما تقدم في تنزيل اليمين بمنزلة الاقرار من تفريم الودعي مع بقاء العين في يد الاول - يحتمل أن تنزع العين من يد الاول ، لان مقتضى العمل بالبيئة كون العين لمن شهدت له .

ورد بأنها انما تكون كالبيئة بالنسبة الى المتداعيين خاصة ، لافى حق غير هما وهذه العين قد صارت حقاً للاول ، والنزاع هنا انما هو بين الودعي وبين الآخر وكونها كالبيئة في حق المدعي عليه ، يقتضى غرمه له للحيلولة بينه وبينها باقراره للاول ، قالوا : واليمين منهما هنا على البت ، لانها ترجع الى الاستحقاق ونفيه .

الثانية - أن يقر لهما معاً على سبيل الاشتراك ، وفيه تكذيب لدعوى كل الاستقلال بالاستحقاق ، فقد كذب كل واحد منهما في دعواه الجميع وصدقه في البعض ، وحينئذ فيقسم بينهما ، ويبقى النزاع بينهما في النصف ، فان حلفاً معاً أو نكلاً قسم بينهما أيضاً ، وان حلف أحدهما خاصة قضى له به ، ولا خصومة للنكلا مع الودعي .

وبالجمله فانه يكون بمنزلة مال في يد شخصين يدعيانه هذا بالنسبة اليهما وأما بالنسبة الى الودعي فان حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة اليه ، وحينئذ فلكل منهما عليه يمين ، فان حلف سقطت دعوى كل واحد منهما عنه وان نكل فكما تقدم من الحكم بالنكول ، أو ارجاع اليمين وما يترتب على ذلك .

الثالثة - أن يكذبهما معاً قالوا فانه ينتفى دعواهما ، لان اليد له ، ولكل منهما احلافه على البت ، فان نكل عن اليمين ردت عليهما بناء على عدم القضاء بالنكول ، وصارا في الدعوى سواء ، لان يدهما خارجه ، فان حلفاً أو نكلاً قسمت بينهما أنصافاً ، وان حلف أحدهما اختص بها .

الرابعة - أن يقول هي لاحد كما ، ولا أدري من هو على التعيين فان وافقاه على عدم علمه بالتعيين ، فلا خصومة لهما معه ، وان كذباه في دعواه عدم العلم

وادعى كل واحد منهما عليه أنه يعلم أنه المالك ، فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن الحلف هنا على عدم العلم ، وهل يكفي يمين واحد أو لابد من يمينين ؟ المشهور الاول ، وهو قول الشيخ في الخلاف وظاهر ابن الجنيدي ، اختاره في المختلف ، وجعله الاقوى في المسالك ، والقول الثاني للشيخ في المبسوط .

ووجه الاول أن المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال لمعين ، بخلاف سابق هذه الصورة ، فانه يبقى استحقاق كل واحد منهما ، فيحلف له .

ووجه الثاني أن كلا منهما مدع ، فيدخل في عموم الخبر المشهور ، والقول الاول نقله في التذكرة عن الشافعي ، والثاني عن أبي حنيفة ، وحينئذ فإذا حلف سقطت الدعوى عنه ، وبقيت المنازعة بينهما ، وإن نكل عن اليمين وحلفا على علمه بناء على عدم القضاء بالنكول أغرم القيمة ، وتكمل مع اليمين في أيديهما . بقي الكلام في أنه متى حلف لهما ، وبقيت المنازعة بينهما ف قيل : بأنه يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه ، وقيل : يقف حتى يسطلحا . قال الشيخ في الخلاف : لو كان عنده وديعة فادعاها اثنان ، فقال المودع : هي لاحدهما ولا أعلم صاحبها بعينه ، وادعى كل منهما علمه بذلك احلف يميناً واحدة ، فإذا حلف وأخرجت الوديعة من عنده ، وبذل كل من المتداعين اليمين أنها له استخرج واحد منهما بالقرعة ، فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه ، أو يقسم بينهما نصفين .

وقال ابن الجنيدي : توقف حتى يسطلحا أو يقوم بيئة بها لاحدهما ، ونقله الشيخ عن الشافعي ، وتردد في المبسوط ، فتارة حكم بالابقاف حتى يسطلحا ، وتارة قوى القرعة ، وادعى في الخلاف الاجماع على أن لكل أمر مشكل فيه القرعة .

أقول : والاقرب بمقتضى قواعدهم هنا هو ما اختاره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، حيث قال - بعد نقل القولين المذكورين - : والاقوى أنها يحلفان

ويقسم بينهما لتكافؤ الدعويين ، وتساويهما في الحجة ، وهو يقتضى القسمة كذلك ولا يكون الامر مشكلا ، والايقاف حتى يسطلحا ضرر ، والاصطلاح غير لازم ، انتهى .

الخامسة - أن يقول لا أدري لمن هي لكما أو لغير كما والذي صرح به في التذكرة هنا أنه اذا ادعى عليه العلم كان القول قوله مع اليمين ، فاذا حلف على نفى العلم تركت في يده الى أن يقوم بيئته ، وليس لاحدهما تحليف الاخر لانه لم يثبت لواحد منهما يد ، ولا استحقاق بخلاف الصورة الاولى ، انتهى .

ولم يتعرض لبيان الحكم فيما لو نكل عن اليمين ، وقال في المسالك : ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها اليهما مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمالا ، لانصار الحق فيهما ظاهراً ولا منازع لهما الان ، ويحتمل العدم لعدم حصر ذى اليد الحق فيهما ، ولم أقف في هذا القسم على شيء يعتد به ، انتهى .

تفسيه :

ظاهر كلام المحقق في الشرايع أنه في صورة قوله لا أدري الشامل للصورة الرابعة والخامسة أنها تقر في يده ، حتى يثبت لها مالك ، وهو في ثاني الصورتين المذكورتين مما لا يظهر فيه خلاف .

ويؤيده أن يده بأمانة ، ولم يتعين لها مالك يجب الدفع اليه ، والحق في هذه الصورة غير منحصر فيهما ، ليتوهم سقوط أمانته بمطالبتهم .

وأما أولى الصورتين المذكورتين فقليل : ان الحكم كما ذكر من كونها أمانة ولم يتعين المالك ، وقيل : بأنها تنزع من يده ، لانحصار الحق فيهما ومطالبتهم اياه ، والقولان للشيخ (رحمه الله) ، ففي المبسوط قوى بقاءها في يده ، وظاهره في الخلاف كما تقدم في عبارته انها تنزع من يده ، واستوجه في المختلف رد الامر الى الحاكم ، واستحسنه في المسالك ، والله العالم .

الثامنة - لو اختلفا في القيمة بعد ثبوت التفريط فهل القول قول المالك يمينه ، أو القول قول الغارم ؟ قولان : وبالأول قال الشيخان على ما نقله في المختلف ، ونقل عنهما أنهما احتجا بيطلان الأمانة بالخيانة ، فلا يكون قوله مسموعاً .

ونقل في المختلف عن أبي الصلاح أنه قال : ورؤى أن اليمين في القيمة على المودع فتكون هذه الرواية دليلاً للشيخين فيما ذهبوا إليه هنا .

ورد الأول بأنه على تقدير قبول قول الودعي فانا لم نقبله من حيث كونه أميناً ليلزم ما ذكره ، وانما قبلنا قوله من حيث كونه منكراً للزيادة التي يدعيها المالك ، فالقول قوله يمينه لذلك ، كما أن البيئنة هنا على المالك ، لكونه مدعياً ، وأما الخبر المذكور فلم يثبت على وجه تقوم به الحجة .

وبالقول الثاني صرح المحقق ، والعلامة ، وابن حمزة ، وابن ادريس ، وهو المشهور ، ولا ريب أنه لاوفق بالقواعد الشرعية ، قال في المسالك : وهذا الحكم لا يختص الأمين ، بل الحق تعديبه الى كل من شاركه في هذا المعنى ، وإن كان غاصباً ، انتهى وهو جيد نظراً الى الاندراج تحت القاعدة المنصوصة ، والله العالم .

التاسعة - لا ريب أنه اذا مات المودع سلمت الوديعة الى ورثته ، فان كانوا جماعة بلفاء سلمت الوديعة الى الجميع أو وكيلهم أو وليهم أو وصيهم لو كانوا أطفالاً ، أو الحاكم مع غيبة الوارث ، أو عدم وجود ولي خاص للأطفال ، قالوا : وتجب المبادرة بالتسليم ، لانها بموت المودع تصير أمانة شرعية ، وقد تقدم أن الحكم فيها وجوب المبادرة بالرد الى المالك فوراً .

والمشهور أنه لا فرق في وجوب المبادرة بالرد بين علم الورثة بذلك وعدمه ، ونقل في التذكرة عن بعض الشافعية أن مع علمهم لا يجب الدفع الا بالطلب ، ونفى عنه البأس .

وقال في المسالك - بعد نقل ذلك عنه - : وهو وجيه ، الا أنه لم يتحقق

به قائل منا ، وان كان القول به ممكناً ، لعدم تحقق الاجماع .
 أقول : لا أعرف لما رجحاه في هذا المقام وجهاً بعد الاتفاق على كونها
 أمانة شرعية ، لحصولها في يده بغير اذن المالك ، ومن شأن الامانة الشرعية وجوب
 ردها فوراً ، وخروج هذا الفرد يحتاج الى دليل يوجب التخصيص ، الا أن يخرجوا
 عن أصل القاعدة المذكورة في الامانة الشرعية ، والله العالم .
 العاشرة - لو كان في يده سلعة فادعى أنها رهن وادعى صاحبها انها وديعة
 فهل القول قول من هي في يده ، أو قول المالك ؟ قولان ، وقد تقدم تحقيق
 المسئلة مستوفى منقحاً في كتاب الرهن .

الحادية عشر - المشهور بين الاصحاب أنه اذا اتجر الودعي بالوديعة بغير
 اذن المالك كان ضامناً ، والربح بأجمعه للمالك ، ذهب اليه الشيخان وسلاح
 وأبو الصلاح وابن البراج وغيرهم .

وكذا قال ابن الجنيدي الا أن الجماعة أطلقوا وابن الجنيدي ، قال : ولو
 تعدى فيها بالتجارة كان الربح لصاحب المال ، الا أن يكون صاحبها خيره على
 أن ضمنه اياها ، ولو خيره على ذلك ولم يتجر فيها ، ولا اتفع بها ولا تعدى لم
 يلزمه ضمانه اياها .

قال في المختلف - بعد نقل ذلك عنه - : ولا بأس بهذا القول ، لان التضمنين
 وان لم يكن لازماً ، الا أنه يفيد الاذن في التصرف ، وحينئذ يكون الربح
 للودعي ، لانه في الحقيقة استدانة .

ثم نقل رواية مسمع ، وهي ما رواه في التهذيب والفقيه عن مسمع (١)
 قال : قلت لابي عبدالله (عليه السلام) : انسى كنت استودعت رجلاً مالا فبجحدني
 فحلف لي عليه ثم أنه جأني بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت أستودعته اياه ،
 فقال : هذا مالك فخذ هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ ح ٦ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٤ ح ٥ ، الوسائل

مالك، واجعلني في حل فأخذت المال منه، وأبئت أن آخذ الربح منه، وأدقته المال الذي كنت أستودعته وأبئت حتى استطلع رأيك فماترى؟ قال: فقال: خذ نصف الربح واعطه النصف وحلله ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين،

ثم قال - بعد نقل الخبر - والظاهر أن ذلك على وجه الاستحباب، والشيخ (رحمه الله) أفتى بما تضمنته الرواية في الدين.

أقول: لا يخفى ما في كلامهم على اطلاقه هنا من الاشكال، لان هذا المتجر في هذه الصورة غاصب بلا اشكال، ولا ريب في ضمانه، الا أن الشراء متى وقع في الذمة فانه يكون صحيحاً شرعاً بلا اشكال، وان كان دفع الثمن من الوديعة محرماً لانه تصرف في مال الغير بغير اذن منه، والربح يكون للمشتري، لصحة الشراء المذكور، ولا أعرف للحكم بكونه للمالك وجهاً والحال كما ذكرنا.

وأما لو وقع الشراء بالعين، فانه يكون باطلا لا يترتب عليه استحقاق ربح لا للمالك، ولا للبائع، لان حل الربح فرع صحة العقد، بل الواجب هو رد كل ملك على مالكه من مبيع وثمن وربح، هذا مقتضى القواعد الشرعية، والضوابط المرعية في البيع والرواية أيضاً لا تخلو من الاشكال، الا أن تحمل على كون الشراء وقع في الذمة، والربح حينئذ للمتجر دون المالك، الا أنه لاجل رضي المالك وطلب التحليل منه بذل له هذا المبلغ، ليرضيه بذلك فيحلله مما فعل فكانه بمنزلة الصلح بينهما، والامام (عليه السلام) أمره بقبول ذلك، ورد النصف عليه في مقابلة توبته، وقد تقدم الكلام في هذا المقام في المسئلة التاسعة من المقصد الثاني من كتاب الدين (١) والله العالم.

الثانية عشر - لو اختلف المالك ومن عنده الوديعة في أنه وديعة أو دين، فادعى الذي عنده المال أنه وديعة، وادعى المالك أنه دين، قال الشيخ في النهاية أن القول قول صاحب المال، وعلى الذي عنده المال البينة على أنه وديعة، فان

لم يكن له بينة وجب عليه رد المال ، فان هلك كان ضامناً وان طالب صاحب المال باليمين أنه لم يودعه ذلك المال كان له .

وقال ابن الجنيدي واذا أقر الرجل لرجل بمال وادعى فيه عليه ما يزيد به حقاً وجب لصاحب المال من أنه كان وديعة فهلك ، أو مضاربة فخر لم يصدق الا بينة ، وكان القول قول صاحب المال مع يمينه انتهى ، وهو يرجع الى قول الشيخ المذكور .

وفصل ابن ادريس هنا فقال : الوجه عندي أن يكون المدعى عليه قد وافق المدعى على صيرورة المال اليه ، وكونه في يده ثم بعد ذلك ادعى أنه وديعة لك عندي فلا يقبل قوله ، ويكون القول قول من ادعى أنه دين ، لانه قد أقر بأن الشيء في يده أولاً وادعى كونه وديعة ، والرسول (صلى الله عليه وآله) (١) قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، وهذا قد اعترف بالاخذ والقبض وادعى الوديعة ، وهي تسقط الحق الذي أقر به لصاحب المال ، فلا يقبل قوله في ذلك ، فأما لو لم يقر بقبض المال أولاً ، بل ما صدق المدعى على دعواه بأن له عنده ما لا ديناً ، بل قال : لك عندي وديعة ، كذا وكذا فيكون حينئذ القول قوله مع يمينه ، لانه ما صدق على دعواه ، ولا أقر أولاً بصيرورة المال اليه ، بل قال : لك عندي وديعة فليس الاقرار بالوديعة اقراراً بالتزام الشيء في الذمة ، ثم أمر بأن يلحظ ذلك وزعم أن فيه غموضاً ، انتهى .

وبموجب تفصيله يوافق الشيخ في الشق الاول خاصة ، والعلامة في المختلف وافق الشيخ وابن الجنيدي ، ورد تفصيل ابن ادريس بأنه ضعيف جداً ، قال : اذا البحث وقع في مال في يد المقر ادعى أنه وديعة ، وادعى صاحبه أنه دين ، لنا أنه اعترف بثبوت يده على مال الغير ، وهو يقتضي ظاهراً الضمان ، فيكون القول قول من يدعى الدين ، قضاء بالظاهر ، انتهى .

أقول : والذي وقفت عليه من الاخبار المتعلقة بهذه المسئلة مارواه الكليني والشيخ والصدوق في الموثق عن اسحاق بن عمار (١) قال : سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل : كانت عندي ودیعة ، وقال الآخر : انما كانت عليك قرضاً ؟ قال : المال لازم له الا أن یقیم البینه أنها كانت ودیعة ، ومارواه الكليني والشيخ في الموثق عن اسحاق بن عمار (٢) أيضاً عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجل قال لرجل : عليك ألف درهم فقال الرجل : لا ولكنها ودیعة ، فقال (عليه السلام) : القول قول صاحب المال مع يمينه ، ولا يخفى ما في هذين الخبرين من الظهور في ما ذهب اليه الشيخ ، والرد لما فصله ابن ادریس ، واستشكل بعض الافاضل في هذه الاخبار بأن الامانة والقرض متعارضان ، ثم رجح الحمل على ما اذا كان صاحب المال ثقة ، والذي يدعى الودیعة منهما .

وفيه أن الامانة التي عارض بها دعوى القرض بناء على ماورد من أن صاحب الودیعة مؤتمن ، انما يتم البناء عليها مع الاتفاق على كون ذلك ودیعة ، وأما مع الاختلاف كما في الصورة المفروضة فلم تثبت الودیعة ، حتى يفرع عليه كونها أمانة ، وأن قول الأمين مقبول ، وبالجمله فدعوى القرض لا معارض له الادعوى الودیعة ، وهذه الدعوى غير مسموعة بظاهر هذه الاخبار الا بالبینه ، وكان الوجه فيه أنه باعترافه بقبضه المال يلزم منه اشتغال نعمته به حتى يؤديه الي صاحب ، نظراً الى الحديث النبوي المتقدم ذكره ، ودعواه الودیعة لدفع الضمان عنه يحتاج الى البینه ، وحینئذ فالحكم بما دلت عليه الاخبار المذكورة . نعم يجب تقييد الاولى من أن المال لازم لمن ادعى الودیعة مطلقاً بما دلت عليه الثانية من اليمين على صاحب المال وأن القول قوله بيمينه ، والله العالم .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ١٧٩ ح ١ ، القیة ج ٣ ص ١٩٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٢ ح ١ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ١٧٦ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٣٨ ح ١ .

كتاب العارية

والكلام في هذا الكتاب يقع في فصول :

الفصل الاول - في جملة من الفوائد ينبغي تقديمها في المقام : **الاولى -**
قال في التذكرة : العارية بتشديد الياء عقد شرع لباحة الانتفاع بعين من الاعيان
على وجه التبرع ، وشددت الياء كانه منسوبة الى العار ، لان طلبها عار ، قاله
صاحب الصحاح .

وقال غيره : منسوبة الى العارة : وهي مصدر يقال : أعار ويعير اعارة وعارة
كما يقال : أجاب يجيب اجابة وجابة ، وأطاق يطيق اطاقة وطاقة .
وقيل انها مأخوذة من عار يعير اذا جاء وذهب ، ومنه قيل للبطل عيار
لتردده في بطالته ، فسميت عارية لترددها من يد الى يد .

وقيل : انها مأخوذة من التعاور والاعتوار ، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم ، وقال الخطائي في غريبه : ان اللغة الغالبة العارية وقد تخفف ، انتهى . أقول : وما نقله عن الصحاح قد صرح به ابن الأثير في نهايته أيضا ، فقال : والعارية مشددة الياء كانتا منسوبة الى العار ، لان طلبها عار وعيب ، وتجمع على العواري مشدداً انتهى ، الا أن المفهوم من كلام أحمد بن محمد القيومي في كتاب المصباح المنير تقليط ما ذكره في الصحاح والنهاية من الاشتقاق من المعنى الذي ذكره ، لان العارية المبحوث عنها من الوارد والعار بمعنى العيب من الياء . ويؤيده كلام القاموس أيضاً ، حيث أنه ذكر العارية في مادة عور ، والعار بمعنى العيب في مادة عير ، ثم انه نقل في المصباح أيضاً معنى زايداً على ما قدعنا ذكره ، وهو الاشتقاق من عار الفرس اذا ذهب عن صاحبه ، لخروجها من يد صاحبها ، وغلطه أيضاً بأنه من الياء وفي القاموس أيضاً عده من الياء ، وفي القاموس أيضاً . عد عار بمعنى جاء وذهب ، والعيار المأخوذ من ذلك في مادة عير ، دون عور التي قد عرفت أن العارية مأخوذة منها .

وحينئذ فقد بطل هذا المعنى ، فلم يبق الا الاشتقاق من التعاور بمعنى التداول ، أو من العارة التي هي مصدر أعار يعير اعارة ، وهذا هو الذي جمده عليه صاحب المصباح ، والعجب من شيخنا العلامة ونحوه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث نقل كلام التذكرة ، وجمده عليه حيث لم ينتبه لذلك ، مع اختلاف أهل اللغة كما عرفت .

الثانية : لا يخفى أن العارية مما ثبتت بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الاول : فقوله تعالى (١) « تعاونوا على البر والتقوى » ولا ريب أن العارية من جملة البر ، وقال تعالى (٢) « ويمنعون الماعون » قال في كتاب مجمع البحرين :

(١) سورة المائدة - الآية ٢ .

(٢) سورة الماعون - الآية ٧ .

الماعون اسم جامع لمنافع البيت ، كالقدر والدلو والملح والماء والسراج والخمرة ونحو ذلك مما جرت العادة بعاريته .

وروى في كتاب من لا يحضره الفقيه مرسل (١) « قال : نهى النبي (صلى الله عليه وآله) أن يمنع أحد الماعون جاره » وقال : « من منع الماعون جاره ، منعه الله خيره يوم القيامة ، ووكله الى نفسه ، ومن وكله الى نفسه فما أسوء حاله » .
وروى في الكافي عن أبي بصير (٢) « قال : كنا عند أبي عبد الله (عليه السلام) ومعه بعض أصحاب الاموال فذكروا الزكاة وساق الخبر الى أن قال : وقوله عز وجل « ويمنعون الماعون » قال : هو القرض يقرضه ، والمعروف يصنعه ، ومتاع البيت يعيره ، ومنه الزكاة فقلت له : ان لنا جيراناً اذا أعرضناهم متاعاً كسروهم وأفسدوه ، فعلينا جناح أن نمنعهم ؟ فقال : لا ليس عليكم جناح أن تمنعوهما اذا كانوا كذلك » وفي خبر آخر عن سماعة (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : والماعون أيضاً وهو القرض يقرضه ، والمتاع يعيره ، والمعروف يصنعه ، الحديث .

وأما الثاني فالأخبار الكثيرة ، منها ما ذكر ، وما رواه في التهذيب في الصحيح عن أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : سمعت يقول : بعث رسول الله (صلى الله عليه وآله) الى صفوان ابن أمية فاستعار منه سبعين درعاً باطرافها قال : فقال : أغضباً يا محمد ؟ فقال النبي (صلى الله عليه وآله) : بل عارية مضمونة » .

وقال في الفقيه (٥) : استعار النبي (صلى الله عليه وآله) من صفوان بن أمية الجمحي سبعين درعاً حطمية ، وذلك قبل اسلامه فقال : أغضب أم عارية يا

(١) الفقيه ج ٤ ص ٨ ، الوسائل ج ٦ ص ٣١ ح ١٢ .

(٢) الكافي ج ٣ ص ٤٩٩ ح ٩ ، الوسائل ج ٦ ص ٢٨ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٣ ص ٤٩٨ ح ٨ ، الوسائل ج ٦ ص ٣١ ح ١١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ ح ١٠ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٣٦ ح ٤ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١ .

أبا القاسم؟ فقال (صلى الله عليه وآله) : بل عارية مؤداة فجرت السنة في العارية إذا اشترط فيها أن تكون مؤداة .

أقول : قوله في الخبر الاول بأطرافها اختلفت النسخ في هذه اللفظة بكونها بالفاء أو بالقاف ، وعلى تقدير الثاني الظاهر أن يكون المراد بها البيضة الحديد ، قال في القاموس : الطراق ككتاب الحديد الذي يعرض ثم يدار فيجعل بيضة ، وعلى تقدير الاول فلعل المراد بها المغفر وما يلبس على الساعدين وغيرها ، فانها تجعل في أطراف الدرع .

وقال بعض المحدثين : يحتمل أن يكون بالقاف ونسب النسخ التي بالفاء الى التصحيف وهو جيد ، وأما الحطمية في الخبر الثاني بالمهملتين منسوبة الى الحطمة بن المحارب الذي كان يعمل الدرع ، كذا ذكره بعض المحدثين .

وفي كتاب مجمع البحرين وفي الحديث زوج رسول الله (صلى الله عليه وآله) فاطمة على درع حطمية تسوى ثلاثين درهما ، قيل سميت بذلك لانها تحطم السيوف أي تكسرها ، وقيل : هي المريضة الثقيلة ، وهي منسوبة الى بطن من عبد قيس يقال : حطمة بن الحارث كانوا يعملون الدروع ، انتهى .

وأما الثالث : فانه قال في التذكرة : لاختلاف بين علماء الامصار في جميع الاعصار في جوازها والترغيب فيها ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالمنافع والاعيان جميعاً ، انتهى .

والمفهوم من الاية والاختبار تأكد استحبابها أما الاية فلان الله تعالى قد قرن تاركها بالساهي في صلاته ، فنسبهما معاً الى الويل ، وهي كلمة يقال عند الهلكة ، وقيل : ويل وادفي جهنم ، وليس المراد بالساهي هنا هو النسيان كما ربما يتوهم ، بل المراد المضيق لصلاته التارك لها من أول وقتها كما وردت به الاخبار في تفسير الاية المذكورة .

أما الاخبار فما تقدم في مرسله الفقيه حتى أن بعض العامة ذهب الى

وجوبها ، لما روده من مزيد التأكيد والترغيب فيها ، والجميع عندنا محمول على مزيد التأكيد في استحبابها ، فانهم ~~كثيراً ما~~ كثيراً ما يؤكدون على المستجابات بما يكاد يلحقها بالواجب ، ويؤكدون في النهي عن المكروهات بما يكاد يدخلها في المحرمات .

الثالثة : مقتضى ما عرف به العارية في التذكرة كما تقدم نقله عنه من أنها عقد شرع لإباحة الانتفاع ، هو أنه لا بد من الإيجاب والقبول اللفظيين ، كما في سائر العقود ، ولهذا ان المحقق في الشرايع لما عرفها بأنها عقد ثمرته التبرع ، قال في المسالك : العقد اسم للإيجاب والقبول ، وتعلق الثمرة عليه يقتضى أن للقبول مدخلاً فيها مع أن التبرع بالمنفعة يتحقق بالإيجاب خاصة ، لان المتبرع انما هو باذل العين ، لا المنتفع بها .

ثم قال : ويمكن الجواب بأن القبول لما كان شرطاً في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونه وان بذلها المعير ، فانه لو تبرع المعير بالعين وأوقع الإيجاب فرده الآخر لم تحصل الثمرة ، وان حصل التبرع بالمنفعة فالمتبرع على العقد هو التبرع على وجه يثمر ذلك ، ولا يتم بدون القبول ، انتهى .

وهو كما ترى نص صريح في إيجاب الإيجاب والقبول ، وأنه لا بد من عقد يشتمل عليها ، وأصرح منه ما صرح به أيضاً أخيراً حيث قال : واعلم ان جعلها عقداً يقتضى اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين ، لان ذلك هو المفهوم من العقد ، وان لم ينحصر في لفظ كما هو شأن العقود الجائزة ، وقد يتجوز في القبول فيطلق على ما يكفي فيه القبول الفعلي ، كما ذكره في الوديعة والوكالة ونحوهما ، لكن يبقى الإيجاب لا يتحقق العقد بدون التلفظ به ، وهذا هو الظاهر من عبارات كثير من الاصحاب انتهى ، هذا وقد صرح العلامة في التذكرة في الركن الرابع بما هو ظاهر بل هو صريح في خلاف ما ذكره في المسالك ، وما يفهم من ظاهر عبارته المشار إليها آنفاً ، حيث صرح بأنه لا يشترط فيه اللفظ في الإيجاب والقبول ،

بل يكفي ما يقوم مقام ذلك من الأمور الدالة على الظن بالرضا ، قال : لانه عقد ضعيف ، لانه يشتر إباحة الانتفاع ، وهي تحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع به عن العقد ، وكما في الضيف بخلاف العقود اللازمة ، فانها موقوفة على ألفاظ خاصة اعتبرها الشرع .

ثم قال في مسألة أخرى : والاقرب عندي أنه لا يفتر العارية الى لفظ ، بل يكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعارة والاستعارة ، لامن طرف المعير ولامن طرف المستعير ، كما لو رآه عارياً فدفع اليه قميصاً فلبسه ثبت العارية ، وكذا لو فرش لضيغه فراشاً أو بساطاً أو مصلى أو حصيراً أو ألقى اليه وسادة ، فجلس عليها أو مضطج فأتكى عليها كان ذلك اعارة ، بخلاف مالو دخل فجلس على الفرش المبسوطة ، ولانه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه ، وهو قول بعض الشافعية قضاء بالظاهر ، وقد قال عليه السلام : « نحن نقضى بالظاهر » (١) ، ثم نقل عن بعض الشافعية الاقتضار الى اللفظ ، وقال : والاقرب ما تقدم ، وقد جرت العادة بالانتفاع بطرف الهدية المبعوث اليه واستعماله ، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها ، فانه يكون عارية ، لانه منتفع بملك الغير باذنه ، وان لم يوجد لفظ يدل عليها بل بشاهد الحال ، انتهى .

وهو جيد وجيه الا أن فيه عدولا عن مقتضى ما قدمنا نقله عنه أولا ، وهو الذي يقتضيه كلام غيره أيضاً .

وبالجملة فالظاهر هو ترتيب ذلك على الرضا كيف اتفق من المعير والمستعير ولا دليل على ما زاد على ذلك .

الرابعة : انهم قالوا - بناء على كونه عقداً كما تقدم نقله عنهم - : انه من العقود الجائزة التي لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٩ ح ١١ ما نقله في الفقيه في هذا الباب ليس بهذه العبارة فراجع ، الوسائل ج ١٨ باب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم ، واحكام الدعوى من كتاب القضاء حديث ١ وما نقله في الوسائل ايضاً ليس بهذه العبارة ، فراجع .

قال في المسالك : وهو موضع وفاق ، إلا أنهم استثنوا من ذلك مواضع بعضها اتفاقي ، وبعضها خلافي ، أحدها الاعارة للرهن بعد وقوع الرهن عليه ، فانه لا رجوع للمعير ، وتوضيح ذلك - حيث أنه لم يسبق لهذه المسئلة تحقيق في كتاب الرهن - أنه لو استعار مال غيره ورهنه باذن المالك ، فالظاهر أنه لا اشكال في صحة الرهن ، بل نقل عليه في المسالك اجماع العلماء ، قال : وسموه استعارة الرهن وجعلوها مضمونة على الراهن ، وان تلفت بغير تفريط .

وبالجملة فانه يترتب عليه أحكام الرهن ، فيلزم العارية ، وتباع عند الحلول ويؤخذ الدين من ثمنها كما في غيرها من أفراد الرهن ، وليس للمعير الرجوع فيها بحيث يتسلط على فسخ عقد الرهانة ثم له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول . بقي الكلام فيما يجب لمالكه في صورة بيع المرتهن الرهن ، وأخذ ماله من قيمته بأن يكون وكيلاً أو باذن الحاكم أو البائع الحاكم ، فقيل : انه يرجع المالك بأكثر الامرين من القيمة وما يبيع به ، وهو المشهور في كلام الاصحاب . قال في التذكرة : فاذا بيع في الدين رجع المالك بأكثر الامرين من القيمة ومن الثمن الذي بيعت به ، لان القيمة ان كانت أكثر فهو المستحق للمالك ، لانها عوض عنه ، وان كان الثمن أكثر فهو عوض العين ، انتهى .

وفيه انه موهوم لجواز بيعه بأقل من القيمة ، وهو ممتنع ، اذ لا يجوز البيع بأقل من ثمن المثل فصاعداً كما هو الحكم في كل وكيل ، وهذا أحدهم والتحقيق أنه ان باعه بثمن المثل فلا اشكال في أن للمالك ذلك ، وان باعه بأكثر من ذلك فلا ريب أيضاً في أنه للمالك ، لأنه ثمن ملكه ، اذ العين باقية على ملكه الى وقت البيع ، ولا يتصور البيع بدون ثمن المثل كما عرفت .

هذا كله اذا كان مع اذن المالك كما تقدمت الاشارة اليه ، أما لو لم يكن باذنه فان للمالك انتزاعه بغير خلاف ، ويدل عليه أيضاً ما رواه في الفقيه عن أبان عن حريز (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استعار ثوباً ثم عمد اليه فرهته ،

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٣ ح ٣١٠ ، الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٦ الوسائل ج ١٣ ص ٢٤١

ح ١ ، التهذيب ح ٧ ص ١٨٤ ح ١٢ .

فجاء أهل المتاع الى متاعهم ؟ فقال : يأخذون متاعهم ، ورواه الكليني عن أبان بن عثمان عن حدثه (١) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .

وثانيها : لو أعار أرضاً لدفن ميت مسلم ومن بحكمه ، فانهم صرحوا بأنه لا يجوز الرجوع فيها بعد الدفن ، لتحريم النش وتهمتك حرمة الى أن تقنى عظامه . ونقل في التذكرة أنه موضع وفاق قال : أما لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فانه يصح رجوعه ، ويحرم دفنه فيه ولو رجع بعد وضع الميت في القبر ، وقبل أن يواريه بالتراب ، فالأقرب أن له الرجوع أيضاً ، ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر ، وقبل الدفن لازمة لولي الميت ، ولا يلزم لولي الميت الطم ، لان الحفر مأذون فيه ، انتهى .

واستشكل في المسالك والروضة في لزوم مؤنة الحفر لولي الميت فيما لو لم يمكنه الدفن الا كذلك ، قال : اذ لا تقصير منه حينئذ ، فينبغي كونه من مال الميت ، ومراده أنه لو تعذر على الولي الدفن الا في أرض بهذه الصورة فانه لا تقصير منه في الدفن فيها ، حتى أنه يغرم مؤنة الحفر لو أمكنه الدفن في أرض غيرها فانه يمكن مؤاخذته بقدمه على هذه الأرض التي لصاحبها الرجوع فيها قبل الدفن فلا يكون أجره الحفر فيها على الميت ، ويكون أجره حفر الأرض الأخرى عليه أيضاً ، بل يكون أجره هذا الحفر عليه خاصة لتقصيره ، وأنت خير بأن هذا الحكم هنامبنى على تحريم النش ، وقد تقدم في كتاب الطهارة في بحث غسل الميت (٢) أنه لم يقم لنا دليل واضح على التحريم الا ما يدعونه من الاجماع . وثالثها : مالو أعاره جداراً ليضع عليه أطراف خشبته ، والأطراف الأخرى حائط المستعير .

قال الشيخ : لم يكن له بعد الوضع الإزالة وان ضمن الأرض ، لانه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه مجبراً وهو غير جائز ، وتبعه ابن ادريس .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤١ ح ١ .

(٢) ج ٤ ص ١٤٣ .

وذهب العلامة في المختلف الى الجواز قال : لانه عارية فللمالك الرجوع فيها وان أدى الى تخريب مال الغير ، لانجباره بالارض ، واليه ذهب في المسالك أيضاً ، وتردد المحقق في الشرايع في ذلك .

ورابعها : لو أعاره لوحاً يرفع به السفينة ثم لج في البحر ، فانه لا يجوز للمعير هنا الرجوع مادامت في البحر ، لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال ، أدتلف النفس ، قالوا : وهكذا في ما اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يمكن استدراكه ، ولو لم يدخل السفينة في البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعا ، ولو كانت في البحر لكن يمكن اخراجها الى الشاطئ وجب اذا لم يحصل به ضرر على صاحبها ، قيل : ويحتمل الجواز ، ولو كانت في البحر وثبتت له القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الجمع بين الحقين ، أو يقال : بجواز الرجوع وان لم يجب تعجيل التسليم ، وتظهر الفائدة في وجوب المبادرة بالرد بعد زوال المانع ، وهو الضرر من غير مطالبة جديدة .

وخامسها : أن يعيره أرضا للزرع فيزرع فيها ، قال الشيخ : ليس له المطالبة بقلعه قبل ادراكه ، وان دفع الارض لان له وقتاً ينتهي اليه ، وتبعه ابن ادریس .

وقال في المختلف بعد نقل ذلك عنهما : ولو قيل له ذلك كان وجها ، لانها عارية ، فلا تجب والظاهر أن مراده الجواز مع الارض ، والافهو مشكل : وبذلك صرح في المسالك فيجوز ذلك مع الارض .

وسادسها : أن يعيره أرضاً ليبني فيها أو يغرس مدة معلومة ، قال ابن الجنيد : لو أعاره براحاً ليبني فيه أو يغرس مدة معلومة ، لم يكن لصاحب الأرض أن يخرج منه من بناء أو غرسه كرهاً قبل انقضاء المدة ، فان فعل ذلك كان كالغاصب وعليه أعلى قيمة بناء وغرسه قائما ومنفرداً ، ولو كانت الاعادة غير موقته كان لصاحب الارض اخراجها ، اذا أعطاه قيمة بناء وغرسه ، ثم يخرجها وهو بحاله .

وقال في المبسوط : اذا أذن له في الغرس ولم يعين مدة فغرس كان للمالك

مطالبته بالقلع ، اذا دفع الارض أن يغرم له ما ينقص فتقوم قائمة ومقلوعة ،
ويغرم ما بين القيمتين ، وان قال المعير : أنا أغرم لك قيمتها أجبر المستعير على
قلعها ، لانه لا ضرر عليه فيه ، ولو قال المستعير : أنا أضمن قيمة الارض لم يكن
له ذلك .

قال في المختلف - بعد نقل كلام الشيخ المذكور - : والوجه عندي أنه
لا يجبر المستعير على أخذ قيمة غرسه ، بل له المطالبة بعينه والأرض ، وقال
بعد نقل كلام ابن الجنيدي : أما الحكم الثاني فقد وافق الشيخ فيه ، فيما تقدم
وبينا ما عندنا فيه .

وأما الحكم الاول فالوجه أن للمالك المطالبة بالقلع مع دفع الارض ،
كما قلنا في المطلق ، ولا يجب الشراء ولو طلبه الفارس ، ومنع مساوئه للغاصب
واختار ذلك في المسالك أيضاً .

الخامسة : قال في التذكرة : لا تطلو العين التي تعلقت بها العارية أما
أن يكون جهة الانتفاع فيها واحدة أو أكثر فان كانت واحدة كالدرهم والدنانير
التي لا ينتفع بها الا بالتزوين والبساط الذي لا ينتفع بها الا في فرشه ، والدار التي
لا ينتفع بها الا بالسكنى ، فمثل هذا لا يجب التعرض للمنفعة ، ولا ذكر وجه
الانتفاع ، لعدم الاحتياج اليه اذ المقتضى للتعين في اللفظ حصر أسباب الانتفاع
وهو في نفسه محصور فلا حاجة الى مائز لفظي .

وان تعددت الجهات التي يحصل بها الانتفاع كالارض التي تصلح للزراعة
والغرس والبناء ، والدابة التي تصلح للحمل والر كوب فلا يخلو اما أن يعمم أو يخصه
بوجه واحد أو أزيد ، أو يطلق فان عمم جازله الانتفاع بسائر وجوه الانتفاعات
المباحة المتعلقة بتلك العين ، كما لو أعاده الارض لينتفع بها في الزرع والغرس
والبناء وغير ذلك بلا خلاف ، وان خصص الوجه كان يعيره الارض للزرع أو البناء
أو الغرس اختص التحليل بما خصه المعير ، وبما سواه وقصر عنه في الضرر مالم

ينص على التخصيص ، ويمنع من التخطي الى غيره ، فلا يجوز له التجاوز قطعاً .
أقول : في جواز التعدي مع التخصيص وان لم يمنع من التخطي الى غيره
الى مساواه أو قصر عنه اشكال ، للخروج عن موضع الاذن والرخصة ، فان الظاهر
أن التخصيص في قوة المنع عن غيره ، ولا خلاف بينهم في عدم جواز الغير مع
المنع عن غير ما خصه .

ثم قال : وان أطلق فالأقوى أن حكمه حكم التعميم ، لان اطلاق الاذن
في الانتفاع يشعر بعموم الرضا بجميع وجوهه ، اذ لا وجه من الوجوه أولى بالضرر
من الآخر . ثم قال : اذا أذن له في الزرع فاما أن يطلق أو يعمم أو يخص ،
ولا بحث في الأخيرين .

وأما الاول فانه يصح عندنا ويستبيح المستعير جميع الزرع ، اختلف ضررها
أو اتفق وهو أصح وجهي الشافعية عملاً باطلاق اللفظ .
وقال بعضهم : تصح العارية ولا يزرع الا أقل الانواع ضرراً لاصالة عصمة
مال الغير ، ولا بأس به .

أقول : ظاهر الرجوع عما أفتى به أولاً في هذه المسئلة من العمل بالاطلاق
وان اختلف الضرر ، وهو وارد عليه أيضاً فيما ذكره من اختيار العمل بالاطلاق
في المسئلة الاولى ، مع أنه قوى أن حكمه حكم التعميم ، ثم قال : ولو قال :
أعرتكها لزرع الحنطة ولم ينه عن غيرها كان له زرع ما هو أقل ضرراً من الحنطة
عملاً بشاهد الحال كالشعير والباقل ، وكذا زرع ما يساوي ضرره ضرر الحنطة ،
وليس له زرع ما ضرره أكثر .

أقول : قد تقدم ما فيه من الاشكال ، ثم قال : ينقسم العارية باعتبار الزمان
الى ثلاثة كما انقسمت باعتبار النفع اليها ، لان المعير قد يطلق العارية من غير
تقييد بزمان ، وقد يوقت بمدة ، وقد يعمم الزمان كقوله أعرتك هذه الأرض
ولا يقرن لفظه بوقت أو زمان ، أو أعرتك هذه الأرض سنة أو شهر أو أعرتك هذه

الارض دائماً ، وانما جاز الاطلاق فيها بخلاف الاجارة ، لان العارية جائزة وله الرجوع فيها متى شاء ، فتقديرها لا يفيد شيئاً .
أقول : الظاهر ان الغرض من التقييد بالمدة دواماً أو تعييناً انما هو صحة التصرف في هذه المدة المضروبة ، بمعنى أنه لا يكون عاصياً في تصرفه ، وكذا مع الاطلاق ، لا أنه يقيد العارية بذلك ، اذ لا اشكال من حيث كونها عقداً جازياً ، أن له الرجوع متى أراد الا فيما تقدم من المواضع المستثناة ، ومتى رجع فانه ليس للمستعير التصرف ، فان تصرف ضمن .

الفصل الثاني في المعير والمستعير :

وفيه مسائل : الاولى : لا اشكال في أنه يشترط في المعير أن يكون مالكا مكلفاً جائز التصرف ، والمراد بالمالك ما هو أعم من ملك العين أو المنفعة ، كما صرح به في التذكرة ، فلا تصح اعارة الغاصب للنهي عن التصرف بدون اذن المالك والاعارة تصرف ، ولا فرق بين غاصب العين أو المنفعة ، ولا يجوز للمستعير التصرف والحال هذه مع العلم بالغصب وان تصرف كان ضامناً للمعين والمنفعة بلا خلاف ، والمراد بملك المنفعة كما لو استأجر عيناً ، فانه يملك منفعتها فله أن يعيرها الا أن يشترط عليه المؤجر مباشرة الانتفاع بنفسه ، فيحرم عليه حينئذ الاعارة ، وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار ، فانه يجوز له اعادتهما .

ولا يصح اعارة الصبي والمجنون ، الا أن في الشرايع صرح بأنه لو أذن الولي للصبي جازت اعادته مع المصلحة ، مع أنه قد تقدم في كتاب البيع أن عقد الصبي لا عبرة به ، وان أجازله الولي ، وفرق بينهما في المسالك بأنه انما جازله هنا دون البيع ، لأن العارية لما كانت جائزة ولا تختص بلفظ بل كل مادل على رضا المعير ، - وهو هنا الولي - كان اذنه للصبي بمنزلة الايجاب ، فالعبرة حينئذ باذنه ، لا بعبارة الصبي .

ولا يخفى ما فيه سيما على ما تقدم تحقيقه في البيع من عدم قيام دليل على

ما ادعوه من الاختصاص بلفظ مخصوص في عقد البيع ونحوه ، وأن المناط انما هو ما دل على الرضاء .

وبالجملة فان مظهر الجواز وعدمه هو صحة تصرف المستعير والمشتري ، سواء كان العقد لازماً أو جائزاً ، فان جوز ناله ذلك بمقد الصبي المأذون له من الولي ، فلا فرق في ذلك بين اللازم والجائز ، والا فلا ، إذ لا مدخل لذلك في الجواز وعدمه ، كما لا يخفى ، والمراد بالمعار هنا ما كان ملكاً للصبي .

والظاهر من كلامهم أن تولية اعارة مال غيره يبنى على ما تقدم في اعارة مال نفسه ، من اذن الولي وعدمه ، وربما قيل باطلاق المنع هنا ، كما هو ظاهر اختيار المسالك .

وكما أنه لا يجوز للصبي والمجنون الاعارة استقلالاً لعدم جواز تصرفهما ، كذلك المحجور عليه لسفه أو فلس ، لاشتراك الجميع في المنع من التصرف ، والله سبحانه العالم .

الثانية : قد صرحوا بأن للمستعير الانتفاع بالعين المعارة بما جرت به العادة في الانتفاع بها نوعاً وقدرأ وصفة ، وهذا يرجع الى ما تقدم في الفائدة الخامسة من اتحاد جهة الانتفاع ، وعدم تعددها كالبساط الذي جرت العادة بفرشه ، واللحاف الذي اقتضت العادة جملة غطاء ونحو ذلك ، وظاهرهم أنه لو خالف فالتحرف بالبساط وفرش اللحاف فانه لا يجوز له ذلك ، لمخالفة العادة التي هي المتبادرة من العارية هنا .

أما لو كانت وجوه الانتفاعات متعددة فانه يبنى على ما تقدم من التفصيل ، ولو نقص من العين شيء بالاستعمال أو تلفت من غير تفريط لم يضمن الا أن يشترط الضمان في العارية ، لأن اطلاق الاذن أو تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غير تهديد بالكثير والقليل ، فما يحصل من النقص والتلف انما استند الى اذن المعير ، وربما قيل : بضمان المتلف ، لأن الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف ،

وان كان داخلا في الاطلاق ، ولا يخلو عن قوة .

نعم لو لم يكن الاستعمال متلفاً عادة ، وانما حصل التلف اتفاقاً ، فما ذكره جيد والله سبحانه العالم .

الثالثة : قال في التذكرة : لا يحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم ، ولا من المحل ، لأنه يحرم عليه امساكه ، فلو استعاره وجب عليه ارساله ، وضمن للمالك قيمته ، ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل ، وبالجزاء لله تعالى ، بل يضمنه بمجرد الامساك عليه وان لم يشترط صاحبه الضمان عليه ، فلو دفعه الى صاحبه برئى منه ، وضمن لله تعالى .

أقول : لا ريب فيما ذكره من عدم جواز الاستعارة في الصورة المفروضة لما ذكر من تحريم الامساك عليه .

بقي الكلام هنا في مواضع : أحدها : انهم قالو : اذا استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسداً أم صحيحاً ؟ وجه الاول النهي عنه ووجه الثاني أن النهي انما يكون مبطلا في العبادات ، دون المعاملات ، فالبطالان يحتاج الى دليل من خارج ، وكلامهم في هذا المقام حيث عبروا بأنه «لا يحل» كما هنا أو «لا يجوز» كما عبر به غيره ، لا يدل على شيء من الأمرين صريحاً لان عدم الحل ، وعدم الجواز أعسم من الفساد ، الا أنك قد عرفت آتفا أنه لا دليل على هذا العقد الذي ذكره ، فلا أثر لهذا الخلاف .

وثانيها : قوله : فلو استعاره وجب عليه ارساله ، فانه على اطلاقه مشكل ، بل ينبغي تخصيص ذلك بما إذا كان استعاره من محرم ، أمالو استعاره من محل فانه يجب رده على المالك ، ويلزم عليه القداء لله سبحانه خاصة ، وبرء من حق المالك ، وبذلك صرح في آخر العبارة المذكورة .

والظاهر أن مراده هو أن الواجب شرعاً هو الارسال ، وأن قبضه من محل ، وحينئذ يضمن قيمته للمحل ، فلو خالف الواجب رده الى المالك برئت ذمته من

القيمة للمالك ، وبقي حق الله سبحانه ، ويشكل حينئذ بأنه متى كان الصيد مملوكا كما هو المفروض من قبضه من المحل ، فقد تعارض حق الله سبحانه بوجوب الارسال ، وحق المالك ، ومن القواعد المقررة عندهم مع التعارض تقديم حق الآدمي على حق الله تعالى ، فالواجب حينئذ بناء على ما قلنا هو رده على المالك ، وضمان حق الله سبحانه ، وأما لو كان المقبوض منه محرماً فإنه غير مالك فيتعين الارسال مع عدم الضمان لمن قبضه منه .

وثالثها : ما ذكره من أنه يضمن بالتلف لصاحبه المحل قيمته ، وإن ذكره غيره أيضاً ، حيث انهم عدوا ذلك من العوارى المضمونة ، وإن لم يشترط فيها الضمان ، إلا أن فيه اشكالا ، لعدم الوقوف على دليل عليه في المقام ، ولم يصرحوا له هنا بدليل ، ومجرد تحريم الاستعارة لا يدل على الضمان ، سواء قيل : بفساد العقد الذي ادعوه هنا ، أم بصحته ، أما على تقدير الحكم بصحته فلما ذكرناه من عدم الدليل ، والأصل في العارية أن يكون غير مضمونة إلا ما استثنى ، وليس هذا منه ، لما عرفت .

وأما على تقدير الحكم بفساده فلما تقرر من القاعدة المشهورة « إن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده ، وما لا فلا » .

ولو قيل : بأنه يمكن الاستدلال على الضمان باطلاق النصوص الدالة على أن المحرم إذا أئلف صيداً مملوكاً فعليه القيمة لمالكه ، وما نحن فيه كذلك ، قلنا : هذا معارض بالنصوص الصحيحة الدالة على أن العارية غير مضمونة ، إلا ما استثنى ، وليس هذا منه ، وليس تخصيص الثاني بالأول أولى من العكس ، وترجيح أحدهما على الآخر يحتاج الى دليل ، وهذا كله إذا كان المستعير محرماً كما عرفت ، فلو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل فظاهر كلامهم الجواز .

قال في التذكرة : ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل ، فإن قلنا المحرم يزول ملكه عن الصيد ، فلا قيمة له على المحل ، لأنه أعاره ما ليس ملكه ،

وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل ، لتعديه بالاعارة فانه كان يجب عليه الارسال .

وان قلنا لا يزول صحت الاعارة ، وعلى المحل قيمته لو تلف الصيد عنده ، انتهى .

أقول : لا اشكال في الحكم الثاني ، ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في الأول فانه ان حكم بصحة الاعارة وجوازها كما هو ظاهر العبارة ، وهو صريحه في القواعد والارشاد ، وبه صرح في الشرايع أيضاً ، فان الاشكال يتطرق اليه من وجوه : أحدها انهم صرحوا بأن من شروط صحة الاعارة كون المعار ملكاً للمعير ، وهو هنا منتف لما اعترفوا به من زوال ملكية المحرم عن الصيد ، فكيف تصح الاعارة ويحكم بجوازها .

وثانيها : أن تسليمه للمحل اعارة على الصيد ، واثبات سلطنة عليه للغير ، وهو محرم على المحرم ، فلا يناسب اثبات الجواز ، ويمكن خدش هذا الوجه بأنه لامنافاة بين تحريمه على المحرم ، والجواز للمحل ، فيحرم الاعارة على المعير من حيث الاحرام ، ويجوز للمستعير من حيث كونه معلّماً ، ونظائره في الاحكام غير عزيز .

وثالثها : أن تسليمه إذا كان محرماً على المحرم حرم قبوله من المحل ، لما فيه من الاعانة على الائم والعدوان المنهي عنه في صريح القرآن ، ولما ذكرنا قوى في المسالك الحكم بتحريم الاعارة في الصورة المذكورة ، وهو جيد لما عرفت . ويحتمل ضعيفاً عدم الحكم بصحة الاعارة في الصورة المذكورة ، واليه يشير قوله في الثانية صحت الاعارة ، فان ظاهره أنه في صورة الحكم بعدم الملك لا تصح وحينئذ فلا اشكال ، الا أنه خلاف ما صرح به في كتبه ، وصرح به غيره ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : لو استعار مغصوباً فلا يخلو اما أن يكون جاهلاً بالغصب ، أو

عالمًا به ، فعلى الأول : فهل يتخير المالك في الرجوع بالاجرة وأرض النقص ، والقيمة مع التلف على الغاصب ، أو المستعير أو أنه انما يرجع على الغاصب خاصة ؟ المشهور الأول ، والوجه فيه ما تقرر في كلامهم من أن كل من ترتب يده على المغصوب ، فان يده يضمن عالمًا كان أوجاهلا ، فيد المستعير هنا يضمن ، وقيل : بالثاني ، وبه صرح في الشرايع والقواعد ، ووجه بأن المستعير مفرور يضعف مباشرته ، والسبب النار أقوى .

وأنت خير بما في الوجهين المذكورين ، وقد روى في الفقيه (١) قال : قال علي عليه السلام : اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن . ورواه الشيخ في الموثق عن اسحاق بن عمار (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي ابراهيم عليه السلام مثله وظاهر اطلاقه اختصاص الضمان بالمستعير عالمًا كان أوجاهلا . ثم انه على تقدير القول المشهور من تخيير المالك لورجع على المستعير مع جهله كما هو المفروض ، رجع المستعير على الغاصب بما أغرمه المالك لدخوله ، على أن يكون العين والمنفعة غير مضمونة ، هذا كله في العارية الغير المضمونة . أما لو كانت مضمونة كالذهب والفضة ، فانه لا يرجع المستعير على الغاصب بالقيمة لو تلفت العارية في يده ، لأن ضمانه إنما هو من حيث العارية ، لا من حيث التعدي .

نعم يرجع بأجرة المنفعة اذا أخذها منه المالك ، وكذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف ، لأن الجميع غير مضمون عليه ، وإنما دخل على ذلك ، ولو رجع المالك على الغاصب لم يرجع الغاصب على المستعير إن لم تكن مضمونة ، والارجع عليه بما كان يضمنه ، هذا في صورة الجهل .

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ وما أورده في الفقيه ليس منسوبا الى علي (عليه السلام) بل الظاهر انه ذيل رواية اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) الذي هو ح ١ .
(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ح ١ .

وأما لو كان عالماً بالغصب فإنه يكون ضامناً ، ولا رجوع له على الغاصب ،
وللغاصب الرجوع عليه إذا أغرمها المالك .

وبالجملة فإن المستعير هنا غاصب كالذي أعاره ، ومن حكم ترقب الأيدي
على المنصوب تخير المالك في الرجوع على أيهما شاء ، ويستقر الضمان على من
تلقت العين في يده ، والله سبحانه العالم .

الفصل الثالث في العين المعارة .

وفيه أيضاً مسائل : الأولى : الضابط في الاستعارة عند الأصحاب هو أن يكون
مما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه ، وهو يتضمن شيئين بقاء العين مع الانتفاع ،
وجواز ذلك الانتفاع ، فكلما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، يصح إعارته ،
كالقمارات والدواب ، والثياب ، والأقمشة ، والأمتعة ، والصفر والحلى ، وكتب
العبد والماشية ، والفحل ، وجميع أصناف الحيوانات المنتفع بها كالآدمى والبهايم ،
ونحو ذلك .

وفى الصحيح عن محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير
المؤمنين عليه السلام في رجل أعار جارية فهلكت من عنده ولم يبقها غائلة فقضى : أن
لا يفرمها المear ، الحديث .

وفى رواية وهب (٢) عن جعفر عن أبيه عليه السلام : أن علياً عليه السلام قال : من استعار
عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن .
وحمل الضمان هنا على الاستعارة من غير المالك أو التفريط والتعدي أو
اشتراط الضمان . لما علم من عدم ضمان العارية الامع الوجوه المذكورة .

فأما ما لا يتم الانتفاع به الا باتلاف عينه كالاطعمة والا شربة ، فإنه لا يجوز

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ج ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ج ١٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ج ٩ ص ٢٣٨

اعادتها ، لان المنفعة المطلوبة منها انما تحصل باتلافها وذهاب عينها والاباحة لم تقع على الاتلاف .

وكذا ما لا يجوز الانتفاع به ، فانه لا تصح اعارته كأداني الذهب والفضة للاكل والشرب فيها ، ولو استعار كلب الصيد للهو والطرب حرم ، ولو استعاده للصيد المشروع جاز ، والجواري يجوز استعارتها للخدمة ولا يجوز للاستمتاع ، لأن العارية ليست من الأسباب المبيحة للبضع ، والمحلات محصورة في أشياء ليس هذا منها .

وهكذا كل ماله منفعة محللة ومحرمه ، فانه يجوز الاعادة للادلي دون الثانية ، ولو استعاده للمحرمه قالوا : لم يجز الانتفاع به في المحللة ، والوجه فيه بطلان الاعادة من أصلها .

والظاهر أن التخصيص بالمنافع غالبى ، لما سياتى ان شاء الله تعالى من اعارة الغنم وهى المنحة والمنافع المأخوذة منها إنما هى أعيان كالصوف والشعر واللبن .

الثانية : قد تقدم فى كلام العلامة فى التذكرة وبه صرح فى غيرها من كتبه ما يدل على جواز التخطي مع الاذن فى شئ مخصوص الى ما هو أدون منه ضرراً أو مساو له ، وظاهره أنه لا خلاف فيه ، وقد قدمنا ما فى ذلك ، وبما ذكرناه أيضاً صرح المحقق فقال : يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه ، وقيل : يجوز أن يستبيح ما هو أدون فى الضرر ، كما يستعير أرضاً للغرس فيزرع ، والأول أشبه واختاره فى المسالك أيضاً ، قال : وما اختاره المصنف أوجه ، وقولاً مع الاذن ، لأن الأصل عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه ، خرج منه ما يأذن فىبقى الباقي وكون الأدون أولى بالاذن منه - ، فيدخل من باب مفهوم الموافقة - ممنوع ، لجواز تعليق غرض المالك بالنوع الخاص ، فالأدوية ممنوعة نعم لو علم انتفاء الغرض فى التخصيص توجه جواز التخطي الى الأقل ، انتهى وهو جيد .

بقى الكلام فى أنه لو عدل الى الأرض مع النهي أو الاطلاق كما هو محل

الاتفاق أو عدل الى المساوي والأذن مع النهي ، أو الاطلاق بناء على ما اخترناه ، فهل يلزمه الأجرة بمجموع الزرع أو يسقط منها مقدار أجرة المأذون فيه وثبتت الزيادة خاصة اشكال ، ينشأ من أنه قد تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، فان هذا التصرف الذي فعله غير مأذون فيه ، وبموجب ذلك يلزم ثبوت الأجرة كمالاً ، ومن أنه قد أباحه المنفعة المخصوصة بذلك الفرد الذي أذن فيه ، فلاعوض لها ، فاذا تخطي الى غيرها كان مقدار منفعة ما أبيح له حلالاً ، لاعوض فيها ، وإنما العوض للزائد ، وعلى هذا لا يحصل في المساوي والأقل ضرراً الا الاثم خاصة .

والظاهر أن الأول أقوى ، لأن ما أذن فيه المالك لم يستوفه ، وما استوفاه غير مأذون فيه بالكلية ، فتصرفه حينئذ عدوان محض ، وكون المالك أحل له التصرف في ذلك الفرد لا يستلزم اجزاء قدر ما فيه من المنفعة في هذا الفرد الذي تصرف فيه من غير إذن ، فيجعل الضمان في ما زاد عن ذلك ، لأن تلك المنفعة مخصوصة بذلك الفرد المجاز ، لاتعلق لها بهذا الفرد الاخر .

نعم لو كان المأذون فيه داخلياً في ضمن الفرد المنهي عنه كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً ، فزاد عليه ، أو أذن له في ركوبها بنفسه فأردف غيره معه ، أمكن اسقاط قدر المأذون فيه ، فلاأجرة عليه من حيث كونه مأذوناً ، وإنما الأجرة في مقابلة ما زاده ، ومثل ذلك مالو أذن له في زرع حنطة فزرع حنطة وغيرها .

ونقل عن العلامة أنه فرق بين النهي عن التخطي ، وبين الاطلاق ، فأوجب الأجرة كمالاً مع النهي ، وأسقط التفاوت مع الاطلاق ، بمعنى أنه لو أمره بزرع الحنطة مثلاً ونهى عن غيرها ، فإنه بالمخالفة يضمن الأجرة كمالاً ، ولو لم ينهه بل أمره بها من غير نهى عن غيرها ، فإنه مع المخالفة إلى غير الحنطة مما هو أضر يعتبر قدر منفعة الحنطة فيسقط من الأجرة ويؤخذ الأجرة على ما زاد .

وهو مبني على مذهبه الذي قدمنا نقله عنه من جواز المساوي والأقل ضرراً

وانما المحرم ما كان أضر .

وأورد عليه في هذا التفصيل بأن الفرق غير واضح لأن التخطي غير مأذون فيه في كلا . من الفردين المذكورين ، غاية الأمر أنه في صورة النهي جاء المنع من حيث النهي الذي نص عليه المالك ، وفي صورة الا طلاق وعدم النهي جاء المنع من حيث عدم الاذن ، اذ قد علم من الشرع المنع من التصرف في مال الغير بغير اذن المالك ، وهذا لا يوجب اختلاف الحكم والله سبحانه العالم .

الثالثة : المشهور في كلام الأصحاب على وجه لا يظهر فيه خلاف أنه يجوز اعارة الشاة للحلب وهي المسماة عندهم بالمنحة بالكسر قال في المسالك : « وجواز اعارة الشاة لذلك ثابت بالنص على خلاف الاصل ، لأن اللبن المقصود من الاعارة عين لامنعة ، وعدوا الحكم إلى غير الشاة مما يعد للحلب من الانعام وغيرها .

وفي التذكرة : « يجوز اعارة الغنم للاتقاع بلبنها وصوفها ، وفي تعدى الحكم عن موضع الوفاق ان كان هو اعارة غير الغنم نظر لللبن لعدم الدليل مع وجود المانع ، وهو أن الاعارة مختصة في الاصل بالاعيان ، ليستوفي منها المنافع ، والنص من طرقنا غير واضح ، ومن طرق العامة لا يدل على غير الشاة » انتهى .

أقول : لا يخفى ما في كلامه من التدافع بين صدره وعجزه ، فان صدره ظاهر في وجود نص من طرقنا بهذا الحكم ، فانه حكم بثبوته بالنص على خلاف الاصل ومقتضاه كون ذلك النص من طرقنا كما لا يخفى ، ومقتضى كلامه أخيراً وقوله « والنص من طرقنا غير واضح ، ومن طرق العامة لا يدل على غير الشاة » كون مستند هذا الحكم إنما هو النص الذي من طرق العامة ، وأنه لائنص من طرقنا ، وهذا هو الحق الواضح ، فانه لا مستند لهذا الحكم في أخبارنا على الوجه الذي ذكره .

نعم هنا أخبار قد استند اليها في التذكرة حيث ذهب في الكتاب المذكور الى جواز اعارتها للاتقاع باللبن والصوف ، قال يجوز اعارة الغنم للاتقاع

بليتها وصوفها وهي المنحة ، وذلك لاقتضاء الحكمة اباحته ، لان الحاجة تدعو الى ذلك ، والضرورة تبيح مثل هذه الاعيان كما في استيجار الطير .
وقد روى العامة عن النبي (١) (صلى الله عليه وآله) أنه قال : « المنحة مردودة » والمنحة هي الشاة .

ومن طرق الخاصة مارواه الحلبي (٢) في الحسن عن مولانا الصادق عليه السلام : « في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا في كل شهر ، قال : لا بأس بالدراهم ولست أحب أن يكون بالسمن » .
وفي الصحيح عن عبدالله بن سنان (٣) « أنه سأل الصادق عليه السلام عن رجل دفع الى رجل غنمه للسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر ، قال : لا بأس بالدراهم ، فأما السمن فلا أحب ذلك ، الا أن يكون حوالب فلا بأس » ،
واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى ، انتهى .

أقول : قد قدمنا الكلام على هذه الأخبار ، وبيان ما اشتملت عليه من الحكم المذكور في المسئلة الرابعة من الفصل الحادي عشر من كتاب التجارة (٤) .
وظاهر العلامة هنا حملها على العارية ، مع أنه في المختلف بعد أن رد على ابن ادريس في انكاره هذه المعاملة ، ومنعها حيث أنها ليست بيعاً ولا اجارة ، قال : « والتحقيق أن هذا ليس ببيع ، وإنما هو نوع معاوضة ومراضاة غير لازمة ، بل سائغة ولا منع في ذلك ، انتهى .

على أن بعض الأخبار المشار اليها قد اشتمل على البقر أيضاً كما قدمنا ثمة وهو لا يقول به ، والظاهر منها أيضاً بعد ضم بعضها الى بعض أن المنافع التي يستوفيها الراعي فيها إنما هو في مقابلة رعيها وحفظها وحراستها .

(١) النهاية : لاين الاثير ج ٤ ص ٣٦٤ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٧ ص ١٢٧ ح ٢٥ و ٢٧ ، الكافي ج ٥ ص ٢٢٣ ح ١

و ص ٢٢٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٠ ح ١ و ٤ .

(٤) ج ٢٠ ص ٦٠ .

ومما هو ظاهر في ذلك رواية ابراهيم بن ميمون (١) أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام قال : نعطي الراعي الغنم بالجبل يرعاها ، وله أصوافها وألبانها ويعطينا الراعي لكل شاة درهماً فقال : ليس بذلك بأس ، الحديث .

وبالجملة فإن حملها على العارية كما ذكره بعيد غاية البعد ، ويؤيد ذلك اتفاق الأخبار المذكورة على الاشتمال على أخذ العوض ، مع أن العارية لا عوض فيها ، ويزيده تأكيداً أيضاً أن المستفاد من أخبار العارية أن المستعير إنما له الانتفاع بالعين فيما يترتب عليها من وجوه الانتفاعات إن كان الاذن عاماً ، وأما استيفاء الأعيان منها كاللبن والسمن ونحو ذلك فلم يرقم عليه دليل ، وهذه المسئلة إنما أخذها الأصحاب من العامة ، وهذه التسمية بالمنحة إنما هي في حديثهم المروي من طريقهم ، والا فأحاديثنا خالية عن ذلك بالكلية .

وبالجملة فإنه لا مستند لهذا الحكم ظاهراً الا ما يترأى من دعوى الاتفاق إن تم ، والا فالحجة غير واضحة ، وأما تعليل العلامة لذلك بقوله فيما قدمنا من كلامه باقتضاء الحكمة أبحاثه فعليل ، والله سبحانه العالم .

الرابعة : قد تقدم أن العارية من العقود الجائزة ، وللمالك الرجوع فيها ، سواء كانت مطلقة أو مقيدة بمدة الا في بعض المواضع التي تقدم استثنائها وتقدم نقل خلاف ابن الجنيدي في الأرض البراح يعيرها للبناء والغرس اذا قيد الاعارة بمدة ، في أنه ليس له الرجوع حتى تنقضي المدة ، فحكم بلزومها من طرف المعير حتى تنقضي المدة ، والمشهور خلافه .

بقي الكلام في أنه لو أذن له في البناء أو الغرس أو الزرع ثم طلب إزالته بعد ذلك ، فظاهر الأصحاب أن له ذلك من حيث جواز الرجوع متى شاء ، ولكن عليه الأرض من حيث الاذن ، وخالف الشيخ في الزرع ، فقال : ليس له المطالبة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٢٧ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٢

قبل ادراكه وان دفع الأرض ، لأن له وقتاً ينتهي اليه ، واقتفاء ابن ادريس في ذلك .

والأقرب بناءً على قواعدهم في الباب من حيث ان الاعادة من العقود الجائزة هو جواز الرجوع مطلقاً ، الا ما قام الدليل على خروجه ، ولا دليل هنا وحديث (١) « الضرر والضرار » لازم من الطرفين ، فلا يمكن التراجع به ، فيجب الرجوع الى الأصل من تسلط الناس على أموالهم ، مع أنه يمكن الجمع بين الحقين ، واندفاع الضرر من الجانبين ببذل الأرض من المعير .

والمراد بالأرض على ما قالوا : تفاوت ما بين كونه منزوعاً من الأرض وثابتاً فيها ، قال في التذكرة : ولكنه مخير بين أن يقلعه ويضمن الأرض ، وهو قدر التفاوت بين قيمته مثبتاً ومقلوعاً الى آخر كلامه ، وهل المراد بكونه ثابتاً في تلك الأرض في صورة تقويمه كذلك هو ثبوته مجاناً أو بأجرة .

قال في المسالك : كلام الشيخ في المبسوط صريح في الأول ، وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة ، مع احتمال اعتبار الثاني ، والى هذا الاحتمال مال (رحمه الله) ، ونقله عن التذكرة في غير هذا الموضع كما يأتي في كلامه .

وعلل الأول بأن وضعه في الأرض لما كان صادراً عن إذن المالك تبرعاً اقتضى ذلك بقاءه تبرعاً كذلك ، وإنما صير الى حواز القلع بالأرض جمعاً بين الحقين ، فيقوم ثابتاً بغير أجرة مراعاةً لحق المستعير ، ويقلع مراعاةً لحق المعير .

وعلل الثاني بأن جواز الرجوع في العارية لامعنى له الا أن تكون منفعة الأرض ملكاً لصاحبها ، لاحق لغيره فيها ، وحينئذ فلا يستحق الإبقاء فيها الا برضا بالأجرة . وحق المستعير يجبر بالأرض ، كما أن حق المعير يجبر بالقلع ، وبأخذ الأجرة لو انفقا على ابقائه بها ، قال : وهذا هو الأقوى ، واختاره في التذكرة في غير محله استطراداً .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٤٥٣ .

أقول: ومن هذا التعليل يظهر وجه ضعف التعليل الأول، لأن مبنى التعليل الأول على أن اذن المالك في وضع هذه الأشياء في أرضه اقتضى بقاؤها فيها تبرعاً، وقد رده في التعليل الثاني بأن جواز الرجوع في العارية لا يتوجه إلا بأن يكون منفعة الأرض لمصاحبها لاحق لغيره فيها، إذ لو كان لغيره حق فيها لم يتوجه جواز الرجوع فيها، وإذا لم يكن لغيره حق فيها فكيف يتجه ما ذكره في ذلك التعليل من بقائه تبرعاً بسبب الأذن في الوضع، وحينئذ فلا بد في تقويمه باقياً من اعتبار الأجرة، إذ البقاء إنما يتوجه بها.

وبالجملة: فإن الأذن في الوضع إنما اقتضى صحة التصرف، وأن لا يكون غصباً ولا موجباً للمواخذة والاثم، وبرجوع المالك في ذلك بعد ذلك لا يستحق البقاء فيها إلا بالأجرة إن تراضيا بها وحينئذ فإذا أريد التقويم بعد الرجوع لأخذ الأرض إنما تقوم باقية بالأجرة حيث أنه لا يستحق البقاء بعد الرجوع بدونها، وتقوم مقلوعة، فيؤخذ بالتفاوت بين القيمتين هذا مقتضى كلامه، وهو جيد بالنظر إلى هذه الاعتبارات، والبناء على هذه التعليلات، وينبغي أن يعلم أن ثبوت الأرض إنما يكون في صورة اختلاف حالتي القلع والبقاء، وحيث ينتفي الاختلاف كما في صورة ادراك الزرع وبلوغه، فإنه متى رجع المالك في تلك الحال فإنه لا أرض. ولو بذل المعير قيمة البناء أو الفرس أو الزرع لم يجب على المستعير اجابته، بل له قلعه وإزالته مع أخذ الأرض من المعير، وكذا لو بذل المستعير قيمة الأرض أو الأجرة لم يجب على المعير اجابته، لأن كلاً منهما مسلط على ملكه، لا يجوز التصرف فيه إلا برضاه.

وخالف الشيخ في الأول فأوجب على المستعير الاجابة اذا بذل المعير قيمة الأشياء المذكورة معللاً ذلك بعدم الضرر على المعير، وقد تقدم نقل كلامه في الفائدة الرابعة من الفصل الأول (١) وضعفه ظاهر، فان مجرد انتفاء الضرر على

المالك غير كاف في جواز تملك ماله بغير رضا .

والمشهور : أن للمستعير بيع أبنيته وغرسه ولو على غير المالك ، حيث أن الجميع ملك له يتصرف فيه كيف شاء .

وقيل لا يجوز له بيعه على غير المعير لعدم استقرار ملكه برجوع المعير ، وفيه أن عدم استقرار ملكه غير مانع من البيع ، كما يباع المشرف على التلف ، ومستحق القتل قصاصاً وحينئذ فان كان المشتري جاهلاً بخير بعد العلم بين الفسخ وعدمه ، وإن كان عالماً كان حكمه حكم المستعير فيما يترتب على ذلك ، ولو اتفقا جميعاً على بيع ملكيهما بشمن واحد صح ، ووزع الثمن عليهما ، فيقسط على أرض مشغولة به على وجه الاجارة ، مستحق القلع بالأرض أو الأبقاء بالاجرة أو التملك بالقيمة مع التراضي ، وعلى ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه فلكل قسط ما يملكه ، هذا .

وقد صرخ جملة منهم بأنه ليس للمالك المطالبة بالازالة إلا بعد دفعه الأرض أولاً ، والا فلا يجب اجابته الى ما طلب ، وعلل باحتمال تعذر الرجوع اليه بافلاس أو غيبة أو نحوهما فيضيع حق المستعير ، ويلزم الضرر عليه بخلاف ما إذا دفع أولاً .

ولو قيل : بأنه مع الدفع أولاً يمكن أيضاً أن يهرب المستعير أيضاً ، ويتعذر مباشرته للقلع ، فيرجع الضرر على المعير أيضاً .

قلنا : هذا الضرر يمكن دفعه ، بجواز مباشرة الغير لذلك باذن الحاكم الشرعي مع امكانه ، أولاً معه مع تعذره ، فلا ضرر حينئذ والله سبحانه العالم .

الخامسة : قال في التذكرة : يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستغلال بالبناء والشجر ، لأنه جالس على ملكه ، وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بشمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك ، ولا يضرب وتد في الحائط ، ولا التسقيف عليه وليس للمستعير دخول الأرض للتفرج إلا باذن المعير ، لأنه تصرف غير مأذون

فيه ، نعم يجوز له الدخول لسقي الشجر ومرة الجدار وحراسة للملكه عن التلف والضياح ، انتهى .

وعلى هذا المنوال عباراته في سائر كتبه وعبائر غيره في هذا المجال ، والوجه فيه أنه إذا أعاره أرضاً للغرس فيها فانه يجوز لكل منهما دخولها .

أما المعير فانه المالك لعينها ، فله الدخول في كل وقت شاء وله الاستظلال بالشجر وإن لم يكن ملكه ، لانه جالس في ملكه كما لو جلس في أرض مباحة واتفق له التظليل بشجر غيره ، وانما يمنع من التصرف في الغرس خاصة .

وأما المستعير فلانه يملك الغرس الذي فيها ، فله الدخول لأجل اصلاحه ، والقيام به بسقي ونحوه مما يتوقف عليه حفظه وحراسته وليس له الدخول لغرض آخر غير ما يتعلق بالغرس من التفرج ونحوه ، حيث أن الاستعارة وقعت مخصوصة بالغرس دون غيره .

وظاهرهم أنه لايجوز له الجلوس والاستظلال حيث أنهم خصوا ذلك بالمعير ، ووجهه ظاهر كما عرفت ، ولم يذكر ذلك في المستعير ، الا أن الشهيد في اللعة صرح بجواز ذلك لهما .

وعلة الشارح بالنسبة الى المستعير بقضاء العادة بذلك ، ومقتضى منعهم المستعير هنا من الدخول للتفرج ، أنه لايجوز للغير دخول أرض غيره لذلك بطريق الأولى الا باذن المالك ، وينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا كان المالك صديقا يعلم منه أو يظن الرضاء بذلك ، والله سبحانه العالم .

السادسة : لاختلاف بين الأصحاب في أنه لايجوز للمستعير اعارة العين بدون إذن المالك ، والوجه فيه ظاهر لما تقدم ان من شروط الاعارة أن يكون المعير مالكا للمنفعة ، والمستعير ليس كذلك ، ولهذا لايجوز له أن يؤجر وان كان له استيفاءها من حيث الاذن المترتب على الاعارة .

ويؤيده أن الاصل عصمة مال الغير عن التصرف فيه الا باذن مالكة ، والاعارة

انما اقتضت تصرف المستعير خاصة ، فيبقى غيره داخل تحت المنع ، وأيضا فان الاعارة انما تفيد اباحة الانتفاع ، والمستببح لا يملك نقل الاباحة الى غيره ، كالضيف الذي أبيع له الطعام ، فانه ليس له أن يبيعه الى غيره .

نعم يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه أو وكيله ، وهذا لا يعد اعارة ، لان النفع المستوفى عائد الى المستعير لا الى الوكيل ، ولم ينقل الخلاف هنا الا عن بعض العامة . قال في التذكرة : وقال أبو حنيفة : يجوز للمستعير أن يعيره وهو الوجه الآخر للشافعية ، لأنه يجوز اجارة المستأجر للعين ، فكذا يجوز للمستعير أن يعير لأنه ، تملك على حسب ماملك .

والفرق أن المستأجر يملك بعقد الاجارة الانتفاع على كل وجه ، فلهذا ملك أن يملكها ، وأما في العارية فانه ملك المنفعة على وجه ما أذن له ، فلا يستوفيه غيره فافترقا ، انتهى .

والأظهر في التعبير عن بيان الفرق أن مقتضى الاجارة تملك المنفعة ، ورفع يد المالك عنها ومقتضى العارية أبحاثها خاصة ، مع تسلط المالك عليها بالرجوع وان كان كلامه يرجع الى ذلك ، وبذلك يظهر أن ما ذكره أبو حنيفة ومن تبعه قياس مع الفارق .

بقى الكلام في أنه لو خالف المستعير فأعار غيره فالظاهر أنه لا خلاف في أن للمالك الرجوع في العارية الثانية بأجرة المثل ، وبديل العين لو تلفت على من شاء منهما ، لكن لو رجع على المعير لم يرجع على المستعير اذا كان جاهلا بالحال ، فانه مفرور ، وقد سلطه عليه بغير عوض ، الا أن يكون العارية مضمونة فيرجع عليه من هذه الحيثية ببديل العين خاصة لو تلفت كما هو حكم العواري المضمونة ، ولو كان عالماً استقر الضمان عليه كالغاصب .

وقال في التذكرة : وان رجع على المعير بأجرة المثل كان له الرجوع على المستعير العالم ، وفي الجاهل اشكال ، وكذا العين ، ونحوه في القواعد ،

والظاهر أن وجه الاشكال - كما ذكره بعض شراح القواعد - ينشأ مما تقدم مما يدل على عدم الرجوع ومن أنه قد استوفى المنافع ، فيرجع عليه .
وأنت خبير بأن الموافق لقواعدهم انما هو عدم الرجوع لما عرفت من الوجه المتقدم ، ومجرد استيفاء المنافع مع تسليطه عليها مجاناً لا يوجب الرجوع عليه ولو رجع على المستعير قال في المسالك : رجع على المعير بما لا يرجع عليه به ، لو رجع عليه ، لغروه .

وهو ظاهر في رجوعه عليه بأجرة المثل وبذل العين مع فقدها ، وهي التي لا يرجع بها المعير على المستعير مع الجهل ، فانه يرجع بها المستعير هنا على المعير ، لأنه قد غره باعارته له وهو جاهل ، وتصرف فيه بناء على أن ذلك مجاناً ، فلما رجع عليه المالك وأغرمه استحق الرجوع على من أعاده وغره .
وقال في التذكرة : فان رجع على المستعير لم يرجع المستعير على المعير وان كان جاهلاً على اشكال .

وأنت خبير بأن الموافق لقواعدهم انما هو ما ذكره في المسالك ، فان هذه المسئلة من جزئيات مسئلة من استعار من الغاصب ، والمعير هنا باعارته بدون اذن المالك غاصب ، فيترب على اعارته ما يترتب على اعارة الغاصب .
وما ذكره في المسالك هو مقتضى ما فصلوه في اعارة الغاصب كما تقدم ذكره في المسئلة الرابعة من الفصل الثاني (١) .

السابعة : لو أذن له في غرس شجرة فانقلعت ، فهل يجوز له أن يفرس غيرها استصحاباً للأذن الاول ؟ قيل : نعم لما ذكر ، فان الاذن قائم ما لم يرجع المعير .
وقيل : بعدم الجواز لأن الاذن انما وقع في ذلك الأول لافي غيره ، فقوله ان الاذن قائم مطلقاً ممنوع ، ومثله الزرع والبناء ووضع الجذع ، الا أنه قال في التذكرة : لو انقلع الفصيل الساذون له في زرعه في غير وقته المعتاد ، أو سقط الجذع كذلك ، وقصر الزمان جداً فالاولى أن يعيده بغير تجديد الاذن ، انتهى .

الفصل الرابع فيما يلحق ذلك من الاحكام في المقام .

وفيه أيضاً مسائل : الاولى : لاختلاف بين الاصحاب في أن العارية أمانة في يد المستعير ، لا تستعقب الضمان الا في مواضع مخصوصة يأتي التنبيه عليها انشاء الله تعالى ، فلو تلفت في يد المستعير بغير تقريط ولا عدوان فلا ضمان عليه ، سواء كان التلف بأفة سماوية أو أرضية .

وبذلك تكاثرت الأخبار فروى في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا هلك العارية عند المستعير لم يضمنها الا أن يكون قد اشترط عليه ، وزاد في الكافي قال : وفي حديث آخر « اذا كان مسلماً عدلاً فليس عليه ضمان » .

وعن عبد الله بن سنان (٢) في الصحيح قال : قال أبو عبد الله عليه السلام لا تضمن العارية الا أن يكون قد اشترط فيها ضماناً الا الدافير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمان . وعن زرارة (٣) في الصحيح قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام العارية مضمونة ؟ قال : فقال : جميع ما استعترته فتوى ، فلا يلزمك تواء ، الا الذهب والفضة ، فانها يلزمان الا أن يشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواء ، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك يلزمك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك .

وروى المشايخ الثلاثة بأسانيدهم وفيها الصحيح عن محمد بن مسلم (٤) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق قال : فقال : اذا كان أميناً فلا عزم عليه .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ١ و ٢ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٢ و ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٣٩ ح ١ و ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ٩ و ٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٧ .

وروى في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبد الله بن سنان (١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العارية ؟ فقال : لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً .

وروى الشيخ عن الحلبي (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان ، وقال : ليس على المستعير عارية ضمان ، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن .

وعن عبد الملك بن عمرو (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدراهم ، فانها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط .

وعن اسحاق بن عمار (٤) في الموثق عن أبي عبد الله وأبي ابراهيم عليه السلام قال : العارية ليس على مستعيرها ضمان ، إلا ما كان من ذهب أو فضة فانهما مضمونان اشترط أو لم يشترط .

ورواه في الفقيه باسناده عن اسحاق بن عمار أيضاً وعن محمد بن قيس (٥) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعار جارية فهلكت من عنده ولم يبعها غائلة ف قضى عليه أن لا يقرمها المعار ، ولا يقرم الرجل إذا استأجر الدابة مالم يكرها أو يبعها غائلة .

وعن مسعدة بن زياد (٦) عن جعفر بن محمد عليه السلام قال : سمعته يقول لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت أو سرق أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً . وأما ما رواه الشيخ عن وهب (٧) عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يقول :

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ١٠٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ٣ و ص ٢٣٧ ح ٦ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١١ و ص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٤٠ ح ٣ و ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ١٩٢ ح ١ .

(٥) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٧ ح ٩ .

(٦) و (٧) التهذيب ج ٧ ص ١٨٤ ح ١٦ و ص ١٨٥ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٣٧ ح ١٠ و ص ٢٣٨ ح ١١ .

من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، فلا يخفى ما في حال راديه من الضعف ، فلا يبلغ قوة في معارضة ما ذكرناه من الأخبار ، وحملها الشيخ على من استعار بغير إذن المالك ، وجوز حمله على من فرط ، وعلى من شرط عليه الضمان . إذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام في المقام يقع في موارد ، **الاول :** المفهوم من كلام الأصحاب ان العارية تضمن في مواضع ، فهي عندهم مستثناة من القاعدة المتقدمة ، الأول اشتراط الضمان ، وهو متفق عليه نصاً وفتوى ، وقد تقدم في صحيح الحلبي أوحسنه الدلالة على ذلك ، ومثله صحيح عبدالله بن سنان ، وصحيح زرارة .

الثاني : الذهب والفضة وعليه تدل جملة من الأخبار المذكورة ، وسيأتي في الموضوع الثاني تحقيق الكلام في ذلك .

الثالث : التعدي والتفريط ، وعليه قوله في صحيح محمد بن قيس المتقدم ، ولا يفرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة ، وأيضاً فإن معنى عدم ضمان الأمانة في كل موضع ذكره ليس إلا من حيث التلف مع عدم التعدي والتفريط ، فاستثنائه في الحقيقة مستغنى عنه .

الرابع : العارية من غير المالك ، ويدل عليه موثقة اسحاق بن عمار (١) عن أبي عبدالله عليه السلام وأبي ابراهيم عليه السلام قال إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها ، فهلكت فالمستعير ضامن .

وهذا الموضوع في الحقيقة كسابقه ، لأن هذه كما تقدم تحقيقه ليست بعارية ، وإن عبر عنها بذلك ، فإن إعادة الثاني لها غضب ، فهذه الصورة في الحقيقة ترجع الى صورة التعدي والتفريط ، لتعدي المعير الثاني في اعارته بغير إذن المالك ، **الخامس :** ما تقدم من عارية الصيد للمحرم ، وقد تقدم ما فيه من الاشكال بالنسبة إلى حق المالك في المسئلة الثالثة ، من الفصل الثاني وأما بالنسبة إلى حق

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٠ ذيل حديث ١ .

الله تعالى فلا اشكال فيه .

السادس : ما نقل عن ابن الجنيّد من حكمه بضمن الحيوان قال على ما نقله عنه في المختلف ، وليس يضمن المعار تلف ما تلف منها إذا كان السلعة متاعاً إلا أن يتعدى ، وما كان منها عيناً أو ورقاً أو حيواناً ضمن المعار تلف ذلك ، إلا أن يشترط المالك سقوط الضمان عنه .

ونقل في المختلف عنه الاستدلال بقوله (١) «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وبرواية وهب (٢) ولا يخفى ما في دليله المذكور من الوهن والقصور مع تظافر الأخبار كما عرفت بالعدم ، مضافاً إلى الأصل ومما ذكرنا علم أن الاستثناء في التحقيق إنما يتجه في المواضع الثلاثة الأول ، بل في الموضوعين الأولين خاصة ، لما عرفت في الثالث من عدم الحاجة إلى استثنائه ، وأن ذلك ظاهر من حكمهم بعدم ضمان الأمانة .

وقسم في المسالك العارية بالنسبة إلى الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه إلى أقسام أربعة : أحدها : ما يضمن ، وإن اشترط عدم الضمان ، وعدم ذلك صورة التعدي والتفريط ، والصورتين التاليتين لها ، ثم قال : ويحتمل قوياً سقوطه في الأول ، لأنه في قوة إذن المالك له في الاتلاف مجاناً ، فلا يستعقب الضمان .

وأما الأخيرتان فالأمر فيهما واضح ، لأن إسقاط غير المالك الضمان لمال المعير لا عبرة به ، وكذلك إسقاط الضمان عن المحرم ، لأنه ثابت عليه من عند الله سبحانه ، باعتبار كونه سيداً لا باعتبار كونه مملوكاً .

أقول : ما احتمله في الصورة الأولى من هذه الثلاث وقواء جيد ، بل الظاهر أنه متعين .

وأما الأخيرتان فقد عرفت أنهما ليستا من باب العارية التي هي موضوع

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨٥ ح ١٧ الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٨ ح ١١ .

الكتاب ، ومحل البحث فيه ، وان تجوزوا فيهما باطلاق هذا اللفظ فاطلاقهما وادخالهما في التقسيم لا يخلو من اشكال .

وثانيها : ما لا يكون مضموناً وان اشترط الضمان ، وهو استعارة المحل للصيد من المحرم ، قال : وقد تقدم تسمية المصنف له استعارة .

أقول : هذا أيضاً مبني على القول بصحة الأعادة في الصورة المذكورة ، كما هو ظاهر جمع ممن قدمنا ذكره ، والتحقيق هو البطلان كما تقدم بيان وجهه فلا ثمرة لعدده هنا ، بناء على ما هو التحقيق في المسئلة .

وثالثها : ما يكون مضموناً إلا أن يشترط عدم الضمان وهو استعارة الذهب والفضة أقول : ويضاف إليهما الحيوان بناء على مذهب ابن الجنيدي ، وإن كان قد عرفت ضعفه .

ورابعها : ما لا يكون مضموناً إلا أن يشترط الضمان ، وهو باقى أقسامها . أقول : وبما ذكرنا خلال كلامه ظهر أنه لاشيء من العارية يكون مضموناً إلا أن يفرض ويتعدي فيه ، أو يشترط فيه الضمان ، إلا الذهب والفضة ، فانهما مضمونان اشترط أو لم يشترط ، وهذا هو مقتضى الأخبار التي قد مناها ، والله سبحانه العالم .

المورد الثاني لاختلاف ولا اشكال بين الأصحاب في ضمان عارية الدراهم والدنانير من غير شرط ، لما تقدم من الأخبار المشتملة جملة منها على الذهب والفضة وبعض على الدنانير والدراهم .

وانما الخلاف والاشكال في غيرهما من الذهب والفضة ، كالحلي المصوغ والسبائك ونحوهما ، ومنشأ الخلاف من حيث اشتغال بعض الاخبار على الذهب والفضة بقول مطلق ، واشتغال بعض على خصوص الدراهم والدنانير ، فمن ذهب الى العموم نظر الى الاخبار الدالة على استثناءهما من عموم عدم الضمان في العارية ، وان تخصيص الدراهم والدنانير بالذكر في بعض آخر ، انما هو من

حيث كونهما أحد أفراد الذهب والفضة ، ولانفاة بينهما ، ومن ذهب الى التخصيص بالدرهم والدنانير نظر الى أن ما دلّ على الذهب والفضة مطلق ، وما دلّ على الدرهم والدنانير مقيّد ، ومقتضى القاعدة العمل بالمقيّد ، وتقييد المطلق به .

وأيتده بعضهم بأن منفعة الدرهم والدنانير منحصرة في الائلاف ، فكانت مضمونة بالاعادة ، وأما غيرهما من المصوغ فإن له منفعة مع بقاء عينه ، وهي التجميل ونحوه ، ومن أجل ذلك توقف في المسئلة جملة من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة ، وهو في محله لما عرفت من تعارض احتمال الجمع بين روايات المسئلة ، الا أنه يمكن أن يقال أن نصوص هذه المسئلة على أقسام ثلاثة :

منها ما هو مطلق في عدم الضمان من غير تقييد ، كحسنة الحلبي (١) وصحيحة محمد بن مسلم (٢) وصحيحة عبد الله بن سنان (٣) وصحيحة الحلبي (٤) ورواية مسعدة بن صدقة (٥) فإن الجميع مشترك الدلالة في عدم الضمان في العارية من غير فرق بين كونها ذهباً أو فضة أو غيرهما .

ومنها ما دلّ على استثناء الذهب والفضة من هذا الحكم ، وأنه يضمن الامع اشتراط العدم ، وهو صحيح زرارة (٦) وموثق اسحق بن عمار (٧) .

ومنها ما دلّ على استثناء الدرهم والدنانير وهو خبر عبد الملك بن عمرو (٨) ، حيث ورد باستثناء الأول ، وصحيح عبد الله بن سنان (٩) حيث ورد باستثناء الثاني ، والاستثناء في جميع هذه الأخبار انما وقع من العموم الذي دلت عليه أخبار القسم الأول .

وحينئذ فيجب اخراج الدرهم والدنانير واستثناءهما على كل حال من ذلك العموم ، لتصريح بعض الأخبار بهما بخصوصها ودخولهما في الذهب والفضة اللذين اشتمل عليهما البعض الآخر ، بقي العموم فيما عداهما مع معارضته بمطلق

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٦ ح ١ و ٢ و ص ٢٣٧

ح ٧ و ٦ و ١٠ والراوى هو مسعدة بن زياد كما تقدم .

(٦) و (٧) و (٨) و (٩) الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٩ ح ٢٤٠ و ص ٢٤١ ح ٢٣٩ ح ١ .

الذهب والفضة ، ومقتضى القاعدة تخصيص العموم بهما ، فيجب استثناءهما من العموم المذكور ، والقول بالضمان فيهما اشترط أو لم يشترط الجمع اشتراط العدم .

وأما ما ذكره القائل بالتخصيص من أن الذهب والفضة مطلق ، والدراهم والدنانير مقيد ، فيجب تقييدهما بذلك ، ففيه أنه لا تعارض بين أخبار الذهب والفضة ، وبين أخبار الدراهم والدنانير ليجب ارتكاب الجمع بينهما بتقييد المطلق منهما بالمقيد ، وإنما كل من هذين الفردين قد وقع مستثنى من العموم الأول ، ومنصلاً له ، فآخر جنا الدراهم والدنانير من ذلك العموم ، لاتفاق الأخبار على استثناءهما كما عرفت وبقي الكلام فيما عدا أخبار الدراهم والدنانير وقد عرفت وجه الجمع فيه .

وبالجملة فإن العموم الذي دلت عليه أخبار القسم الأول قد خصص بمخصصين ، أحدهما أعم من الآخر ، فيجب أن يخص ذلك العام بكل منهما ، أو يقيد مطلقه بكل منهما ، ولا منافاة بين ذينك المخصصين ، على أن أحدهما يخص الآخر أو يقيده ، وهو بحمد الله سبحانه ظاهر .

وأما التعليل بأن الدراهم والدنانير تنحصر منفعتهما في الائتلاف ، فكانت مضمونة بخلاف غيرهما : ففيه أولاً أن هذه العلة لا أثر لها في النصوص ، فهي مستنبطة ، وثانياً الانتقاض بالنقاد والسيئات ونحوهما مما لا يترتب عليه أثر بالتجمل والترتب الذي ذكره في المصوغ ، على أن ظاهر كلام المبسوط والخلاف أن للدراهم والدنانير منفعة غير الائتلاف كما سيأتي انشاء الله في كتاب الاجارة .

وأما ما تكلفه صاحب الكفاية في هذا المقام ، وزعم به عدم ثبوت الضمان في الذهب والفضة ، فلا يخفى ما فيه ، وحاصل كلامه أنه قد وقع التعارض بين المستثنى منه في خبر الدراهم والدنانير ، وحاصله أنه لا ضمان في غير الدراهم والدنانير ، فهو يدل على عدم الضمان في الذهب والفضة ، وبين المستثنى في خبر الذهب والفضة ، وحاصله أنه لا ضمان في غير الذهب والفضة ، فهو يدل على الضمان

ففيهما ، والنسبة بين الموضعين العموم من وجه الى آخر كلامه .
وفيه أنه إن سمي هذا تعارضاً يحتاج الى الجمع فانه وارد عليه في
الدراهم والدنانير ، فانه لم يقع استثناءهما في محل واحد بل دل صحيح عبدالله
بن سنان على استثناء الدنانير خاصة . وحاصله أنه لا ضمان في العارية الا أن
يكون دنانير ، وبموجبه أنه لا ضمان في الدراهم ، ودل خبر عبد الملك بن عمرو
على استثناء الدراهم خاصة ، وحاصله أنه لا ضمان في العارية الا أن يكون دراهم
وهو ظاهر في عدم الضمان في الدنانير ، فيجرب فيه ما أوردته ثمة ، والتعارض بين
المستثنى منه في كل من الخبرين ظاهر ، ولا نراه تكلفاً للجمع بينهما هنا ، مع
ظهور التعارض كما عرفت ، بل عمل بالخبرين ، وخصص بهما عموم الأخبار الدالة
على أنه لا ضمان في العارية ، وما نحن فيه من أخبار الذهب والفضة مع أخبار
الدراهم والدنانير كذلك ، حيثما شرحناه .

وبما أوضحناه يظهر قوة القول باستثناء الذهب والفضة ، وجوب ضمانهما ،
والله سبحانه العالم .

المورد الثالث : ظاهر جملة من الاخبار المتقدمة أنه يقبل قول المستعير لو
ادعى التلف بغير يمين ، وفتوى الأصحاب على خلاف ذلك ، حيث انهم صرحوا
بأنه إنما يقبل قوله بيمينه ، ونقل في التهذيب عن ابن بابويه (١) أنه قال : مضى
مشايخنا (رحمة الله عليهم) على أن قول المودع مقبول ، وأنه مؤتمن ولا يمين عليه .
وقد روى (٢) أن رجلاً قال للصادق عليه السلام : بأني ائتمنت رجلاً على مال
أودعته عنده ، فخافني وأتكر مالي فقال : لم يخنك الأمين ، وإنما ائتمنت الخائن
انتهى .

وظاهر هذا الكلام يدل على أنه في كل موضع يحكم بكون المال أمانة
فلا يمين على من هو بيده لو ادعى تلفه أو أنكره ، ويدخل فيه العارية والوديعة

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ١٨١ في ذيل ح ٨ و ح ٩ ، الوسائل ج ١٣

والقراض ونحوها مما حكم بكون المال فيه أمانة ، مع أن صريح كلام الاصحاب في هذه الأبواب كما صرحوا به في غير كتاب - هو أنه لا يقبل قول أحد من هؤلاء الا مع اليمين ، ولم أقف في الأخبار الواردة في هذه الأبواب على ما يدل على ما ادعوه ، بل ظاهرها إنما هو قبول قولهم بغير يمين .

وقد تقدم في كتاب الوديعة جملة من الأخبار الدالة على ما قلناه ، ومثلها الأخبار الواردة هنا في العارية ، فان ظاهرها أنه متى كان المستودع أو المستعير مأموئاً فلا ضمان عليه ، بمعنى أنه يقبل قوله بمجرد دعواه التلف ، أو الإنكار ، فان قوله إلا في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة : « إذا كان أميناً فلا غرم عليه » ، ظاهر فيما ذكرناه .

لا يقال أن العارية إنما تضمن باشتراط لضمان ، وبدونه لا ضمان ، فلا غرم فيها لأننا نقول : نعم إذا علم المالك بالتلف ووافق عليه فلا ضمان هنا الامع الشرط وأما مع عدم ذلك بل ادعائه بقاء العين أو التفريط فيها فالذي صرحوا به أنه لا يقبل قوله إلا باليمين ، وهذا محل البحث في المسئلة ، فان ظاهر هذا الخبر كما ترى أنه متى كان المستعير أميناً فلا عزم عليه وهو ظاهر في قبول قوله من غير يمين .

قال شيخنا المجلسي (قدس سره) في حواشيه على هذا الخبر : يمكن أن يكون المراد بالأمين من لم يفرط في حفظها أو المعنى أنه لما كان أميناً فلا غرم عليه ، وبالجمله لولا الاجماع لكان القول بالتفصيل قوياً ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن ارتكاب التأويل في الخبر فرع المعارض ، وليس إلا الاجماع الذي أشار اليه ، وهو لا تصلح للمعارضة لما ذكره هو وغيره من المحققين في هذه الاجماع ، مع أنك قد عرفت خلاف الصدوق (رحمه الله) في المسئلة ، مع جماعة من مشايخه الذين نقل عنهم ذلك .

ومثله الشيخ في النهاية كما قدمنا نقله عنه في كتاب الوديعة وغيرهم ممن

تقدم ذكره ، فالاجماع غير ثابت لو سلم حجته .

على أن ما ذكره من التأويل بحمل الأمين على من لم يفرط في حفظها بعيد جداً ، لعدم جريانه في ما اذا ادعى المالك عليه التفريط مع عدم العلم بعدم التفريط ، الامن قبل المستعير ، ولأنه تخصيص لمعنى الأمين ، والعدل بمن غير مخصص ، بل استعمالهما في غير معناهما المتبادر لغة وشرعاً ، بل الاستفادة من الخبر انما هو المعنى الثاني الذي ذكره ، ونحو الخبر المذكور قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة « لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأموماً » ، والمرسلة (١) التي نقلها في الكافي عقيب حسنة الحلبي ، وكتب شيخنا المتقدم ذكره في حاشيته ، على هذه المرسلة أيضاً ما صورته ، ربما يحمل الخبر على أنه اذا كان مسلماً عدلاً ينبغي أن لا يكلفه المعير اليمين ، فيلزمه بنكوله الضمان . أو يحمل العدل على من لم يقصر ولم يفرط ، وهما بعيدان ، والمسئلة في غاية الاشكال ، انتهى .

أقول : ما استبعده من الاحتمالين في محله ، فان ظاهر الخبر المذكور هو قبول قول المستعير متى كان كذلك من غير يمين ، لأنه مع التكليف باليمين والنكول عنها يلزمه الضمان كما هو مقتضى القواعد ، مع أن الحديث مصرح بنفي الضمان مطلقاً ، وتفسير نفي الضمان بمعنى أن الأولي للمعير أن لا يكلفه باليمين تعسف صرف ، وكذا حمل العدل على المعنى الذي اعترف بيعه .

وأما قوله أن المسئلة في غاية الاشكال ، ففيه ما عرفت مما شرعناه بحمد الله تعالى الملك المستعان من أنه لا اشكال بعد دلالة الأخبار على ما ذكرناه من أخبار هذا الباب وغيره كما تقدم ، وسيأتي انشاء الله تعالى .

وعدم وجود خبر يدل على ما ادعوه وليس إلا مجرد الشهرة التي سموها اجماعاً لما عرفت من وجود المخالف ، ومن ذلك أيضاً قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في رواية مسعدة

بن زياد المتقدمة لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت أو سرت أو ضاعت اذا كان المستعير مأموناً .

وسياتى انشاء الله تعالى في كتاب الاجارة جملة من الأخبار الدالة على صحة ما ادعيناه زيادة على ما ذكرناه هنا وما تقدم في كتاب الوديعة .

المسئلة الثامنة : قالوا : اذا رد العارية الى المالك أو وكيله براء ، واذا ردها الى الحرز لم يبرء ، ولو استعار الدابة إلى مسافة فجاوز بها ضمن ، ولو أعادها الى الاولى لم يبرء .

أقول : قد اشتمل هذا الكلام على ثلاثة من الأحكام ، أما الأول منها وهو براءة المستعير من العارية متى ردها على المالك أو وكيله ، فظاهر لا ريب فيه .

وأما الثاني وهو عدم البرائة بالرد الى الحرز كالدابة الى الاصطبل مثلا ، فالوجه فيه الخبر الدال (١) « على أن على اليد ما أخذت حتى تؤدي » فإن المراد من الأداء في الخبر هو الدفع الى المالك أو وكيله ، لا مجرد ردها في داره أو اصطبله ، بل مقتضى القاعدة أن تكون مضمونة عليه بعد ذلك ، وان لم تكن مضمونة أولاً لتفريطه في وضعها في موضع لم يأذن له المالك فيه ، اذ لو تلفت بعد وضعها في الموضع المذكور وقبل أن يتسلمها المالك لزمه ضمانها ، لما قلناه ، وهذا لا خلاف فيه عندنا .

وانما نقل فيه الخلاف عن أبي حنيفة قال : في التذكرة اذا رد المستعير العارية الى مالكها أو وكيله براء من ضمانها ، وان ردها الى ملك مالكها بأن حمل الدابة الى اصطبل المالك فأرسلها فيه ، أو ردها الى الدار لم يزل عنه الضمان ، وبه قال الشافعي ، بل عندنا أن لم تكن العارية مضمونة فانها تصير بهذا الرد مضمونة لأنه لم يدفعها الى مالكها ، بل فرط بوضعها في موضع لم يأذن له المالك بالرد اليه ، كما لو ترك الوديعة في دار صاحبها ، فتلفت قبل أن يتسلمها المالك ،

لأنه لم يردها الى صاحبها ، ولأن ينوب متابعه ، فلم يحصل الرد ، كما لو ردها الى أجنبي .

وقال أبو حنيفة ، اذا ردها الى ملك المالك صارت كأنها مقبوضة لان رد العواري في العادة الى أملاك أصحابها ، فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة وهو غلط ، لأنه يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها فيبطل ما قاله ، انتهى وهو جيد .

وأما الثالث وهو ما لو استعار الدابة الى مسافة مخصوصة فتجاوزها ، فان الوجه في الضمان هنا أنه قد تعدى في العارية من وقت المجاوزة ، فكان ضامناً لها الى أن يردها الى المالك هذا بالنسبة الى ضمان العين لو تلفت فأما ضمان المنفعة وهو أجرة الدابة فعندهم أنه يثبت في المسافة المتجاوز بها عن موضع الاذن ذهاباً وإياباً الى أن يرجع الى الموضع المأذون فيه ، لأنه في هذه المدة غاصب . ولا تبطل الاعارة بذلك ، فيكون تصرفه فيها بعد رجوعه الى المكان المأذون فيه الى أن يردها على المالك ، جازاً لدخوله في الاعارة ، فانه مأذون فيه ، وانما حصل التعدي الموجب للاجرة في تلك المدة المتوسطة ، وان كان أصل العين مضمونة بذلك التعدي الى أن ترد على المالك .

ونقل في التذكرة عن بعض الشافعية أنه يضمن الأجرة أيضاً كالعين الى أن يردها على المالك ، محتجاً بأن ذلك الاذن قد انقطع بالمجاوزة ، ثم رده بأنه ممنوع . أقول : حيث انه سابقاً قبل هذا الكلام قال : وهل يلزمه الأجرة من ذلك الموضع الذي وقع فيه العدوان الى أن يرجع الى البلد الذي استعار منه الأقرب لعدم أنه مأذون فيه من جهة المالك ، وهو أحد وجهي الشافعية .

والثاني اللزوم ثم نقل القول الذي ذكرناه ورده هنا بالمنع من انقطاع الاذن بالمجاوزة .

وأنت خبير بأن المعير انما أذن في تلك المسافة المعينة ذهاباً وإياباً

وهو يتجاوز عن المسافة الى ما زاد عليها قد حكموا عليه بضمان العين من حيث التعدي والتفريط ، الى أن ترد سالمة على المالك ، وظاهر ذلك هو زوال العارية بهذا التعدي ، حيث ان المفروض أنها غير مضمونة وانما حصل الضمان بهذا التعدي الموجب للخروج عن كونها عارية ، وحينئذ فكما أثر هذا التعدي في زوال العارية بالنسبة الى ضمان العين ، فلم لا يكون كذلك بالنسبة الى ضمان المنفعة ، لأن مقتضى العارية العدم ، فلا وجه لحكمهم هنا بضمان المنفعة في خصوص موضع التعدي إذ التعدي إن كان موجباً للخروج عن العارية ، فينبغي أن يكون بالنسبة الى ضمان العين ، وضمان المنفعة ، والا فلا وجه للفرق بأن يكون ضمان العين مستمراً الى الرجوع الى المالك .

وضمان المنفعة ينقطع بالرجوع الى محل التجاوز عن موضع الاذن ، سيما أنهم صرحوا كما قدمنا ذكره بأنه في صورة ضمان المنفعة بأنه لا تبطل الاعارة ، وان كان عاصياً في تلك المدة المتوسطة ، فلم لا يقال بذلك أيضاً في صورة ضمان العين بأن الاعارة باقية ، ومقتضيها عدم ضمان العين الا في المدة التي تجاوز عنها حتى يرجع اليها ، لا أنه يستمر الضمان الى الرد على المالك .

وكما أن الرجوع من محل التجاوز الى بلد الاعارة مأذون فيه ، كما ذكره بالنسبة الى ضمان الأجرة ، فلا أجرة عليه في ذلك كذلك ، من حيث انه مأذون فيه ، لا ضمان للعين أيضاً ، والغصب إن أثر الضمان الى الرجوع الى المالك ففي الحالين ، وإلا فلا . وبالجمله فانه لا يظهر لى وجه واضح في ما ذكره من الفرق ، والمسئلة خالية من النص ، وتعليلا تهم كما ترى ، هذا كله إذا كانت العارية غير مضمونة . أما لو كانت مضمونة كان شرط الضمان في العارية أو قلنا بضمان العواري ، فان الدابة المذكورة تكون مضمونة إلى نهاية موضع الاذن ضمان عارية ، ولا أجرة عليه ، لأنه مأذون له في التصرف فيها ، فاذا تجاوز موضع الاذن ضمنها ضمان الغصب ، ووجب عليه أجرة منافعها إلى أن يعود إلى المكان المأذون فيه ،

و منه إلى الرجوع إلى المالك وردها عليه يضمن ضمان العارية هذا مقتضى تقريرهم في المقام ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : إذا حمل السيل حباً لرجل أو نوى أو جوزة أو نحو ذلك فثبت في أرض غيره بغير علمه قال في المبسوط : من الناس من يقول لا يجبر على قلعه ، لأنه غير متعد فيه فهو كالمستدير ، ومنهم من قال : يجبر على قلعه من غير أرض ، لأنه لم يأذن له في ذلك وهذا أقرب إلى الصواب .

وقال ابن البراج : لا يجوز لصاحب الأرض مطالبته بقلعه ، لأنه لم يتعد في ذلك ، قال في المختلف بعد نقل القولين المذكورين : والوجه ما قاله الشيخ ، لأن الأرض للمالكها فله الانتفاع بها على أي وجه ، وتفرقها من مال الغير الحاصل فيها بغير إذن ، ولأن الناس مسيطرون على أموالهم وعدم الاثم والتعدي لا يقتضي منع المالك عن التسلط على ملكه ، انتهى .

وبنحو ذلك صرح في التذكرة : فقال : إن لصاحب الأرض قلعه ، وإن امتنع صاحب الزرع أجبر عليه ، وبذلك صرح في الشرايع ، والظاهر أنه هو المشهور بين المتأخرين وهو الأوفق بالأصول والقواعد الشرعية ، وما ذهب إليه ابن البراج ضعيف لا يعول عليه .

بقي الكلام هنا في مواضع الاول : لو أعبرض المالك عنه وإن كان كثيراً فإنه يتخير صاحب الأرض بين قلعه وبين تملكه ، ويكون من قبيل السنبل والثمار التي يعرض عنها ملاكها إلا أن للمالك الرجوع فيها ما دامت العين باقية .

وظاهر التذكرة هنا أنه لا يجبر المالك على نقله ، ولا على أجره الأرض ولا غير ذلك لأنه حصل بغير تقييد ولا عددان ، فكان الخيار لصاحب الأرض المشغول به ، إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه .

الثاني : لو لم يعرض عند المالك وبقي حتى ظهر له ثمر فإن ثمره ونماؤه للمالك ، وعليه أجره الأرض للمدة التي كان باقياً فيها ، إن طالبه صاحب الأرض

بقلمه ، لأنه في هذه الحال غاصب ، وإن لم يطالبه فلا أجره على الأقرب ، لأنه لم يقصر في القلع حيث لم يطلب منه ، ولا حصل في الأرض بفعله ليكون متعدياً .
الثالث : إذا قلعه المالك وجب عليه تسوية الأرض وطم الحفر لأنها حدثت بفعله لتخليص ماله من ملك صاحب الأرض ولصاحب الأرض اجباره لو امتنع من ذلك .
الرابع : لو امتنع المالك من القلع جاز لصاحب الأرض اجباره ، وإلا نزعها منها ، كما لو سرت أغصان شجرة جاره الى ملكه وداره

الخامس : قال في المسالك : لو اشتبه المالك في قوم منحصرين وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح أو التملك ونحوه ، ويجب على مالك الأرض أيضاً مراجعتهم في ما يراجع فيه المالك المعين ولو لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة يجوز تملكه إن كان دون الدرهم حين التملك ، ولو تركه من غيرنية التملك حتى بلغ وجب تعريفه كاللقطة ، ويحتمل كونه كمال مجهول المالك ، في جواز التصديق به عنه من غير تعريف ، انتهى .

السادس : قالوا : لو حمل السيل ارضاً بشجرها فثبتت في ملك الغير فقلك الأرض وما فيها لما لكها ويجبر على اذاتها كما تقدم .

الرابعة : لا اشكال في الضمان مع اشتراطه كما تقدم في الأخبار فان اختص الضمان بالتلف ضمن العين خاصة ، وإن اختص بالنقصان ضمنه خاصة ، وإن كانا معاً ضمنهما معاً .

وانما الكلام والاشكال في مالو أطلق ، فعلى هذا لو أطلق ولم يعين شيئاً من الأفراد الثلاثة المتقدمة ونقصت العين المستعارة بالاستعمال حتى تلفت فهل يضمن القيمة يوم التلف خاصة ؟ لأن النقصان غير مضمون من حيث انه حصل بفعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا ولأنه لو لم يتلف فرداها على المالك في تلك الحال لم يجب عليه شيء ، فاذا تلفت وجب قيمتها في تلك الحال وهو اختيار المحقق ، ونقل عن المبسوط والتذكرة .

أو أنه يضمن النقص أيضاً نظراً إلى اشتراط الضمان فيكون ذلك النقص مضموناً وهو المنقول عن ابن الجنيّد وأبي الصلاح واستشكل في القواعد في المسئلة . قال في المسالك : ويمكن الفرق بين تلف الاجزاء الموجب للنقص بالاستعمال ، وبين تلفها بغيره فيضمن على الثاني دون الأول ، لأن تلفها بأمر مأذون فيه فلا يستعقب ضماناً ويمكن تأييد القول الثاني بمنع أصل التوجيه المذكور في القول الأول .

قوله : انه حصل النقص بفعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً يمكن خدشه بأن الاذن في أصل الاستعمال لا ينافي الضمان ، والحال إنه مشروط إذ ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص ، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذوناً والنقص مضموناً وكذا استناده الى أنه لو لم تتلف وردها في تلك الحال لا يجب عليه شيء ، فانه ممنوع أيضاً إذ هو من موضع البحث ، فإنا لا نسلم ذلك مع الشرط ، وإنما يتم بدونه ، فان للمانع أن يمنع من كون النقص غير مضمون في المضمونة ، سواء تلفت أو ردها قبل التلف ، والوجه فيه أن مقتضى تضمين العين تضمين أجزائها ، لأنها مركبة منها ، ثم انه على تقدير هذا القول فانه يضمن أعلى القيم من حين القبض الى يوم التلف ، إن كان الاختلاف والتفاوت في القيم بسبب الاجزاء كالثوب ينسحق باللبس ، وأما لو كان الاختلاف من حيث القيمة السوقية لم يضمن الزائد بسببه لأن ذلك ليس من مدلول الضمان سيما مع عدم إيجاب ذلك على الغاصب هذا كله مع اشتراط الضمان .

أما لو استعملها حتى تلفت من غير شرط الضمان في العارية فان ظاهر الأكثر عدم الضمان مطلقاً ، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسئلة الثانية من الفصل الثاني ، والله سبحانه العالم .

الخامسة : اختلف الأصحاب في ما لو ادعى المستعير الاعارة ، وادعى المالك الاجارة ، وقد مضت لذلك مدة في يد المستعير ، فذهب في الخلاف الى أن القول

قول المستعير ، قال في الكتاب المذكور : إذا اختلف صاحب الدابة والراكب ، فقال الراكب : أعرتها ، وقال صاحبها : أكرتها ، كان القول قول الراكب يمينه ، وعلى صاحبها البيئته ، وكذا إذا اختلف الزارع وصاحب الأرض فادعى الزارع العارية . وادعى صاحب الأرض الكرى ، فالقول قول الزارع قيل في توجيهه : انهما متفقان على أن تلف المنافع وقع في ملك المستعير ، لأن مقتضى كلام المالك أنه ملكها بالاجارة ، ومقتضى كلام المستعير أنه ملكها بالاستيفاء المستند الى الاعارة ، فبده شرعية على كل من القولين ، والمالك يدعى عليه العوض عما استوفاه عن ملكه ، وهو ينكر استحقاقه ، والأصل برائة ذمته منه ، فيكون القول قوله يمينه ، عملاً بالقاعدة المنصوصة .

وذهب ابن ادریس و تبعه المحقق الى أن القول قول المالك في عدم العارية وان لم يقبل قوله في الاجارة ، قال ابن ادریس : لا يقبل قول المالك في قدر ما ادعاه من الاجرة ، ولا قول الراكب في العارية ، فالواجب أجره المثل عوضاً عن منافع الدابة ، وكذا البحث في الأرض إذا اختلف المالك والزارع .

وقيل في توجيه هذا القول : انه لا شك في أن المنافع أموال كالأعيان ، فهي بالأصالة لمالك العين ، فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل وأصالة برائة ذمته كما تمسك به القائل الأول إنما يتم بالنسبة الى خصوص ما ادعاه المالك من قدر الاجرة ، لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفاء المنفعة التي هي من جملة أموال المالك وحقوقه ، والأصل يقتضي عدم خروجها عن ملكه إلا بعوض ، ومن أجل ذلك يكون القول قول المالك في عدم العارية ، لأن الراكب يدعى العارية والمالك ينكرها ، فيكون القول قوله يمينه ، ولا يقبل قول المالك في ما يدعيه من الاجارة ، لأنه مدع أيضاً يحتاج الى البيئته ، وحينئذ فإذا حلف المالك على نفي العارية كما هي وظيفته الشرعية لم تثبت الاجارة ، لما عرفت من أن ثبوتها يتوقف على البيئته ، ولكن تثبت أجره المثل ، لأن الراكب

قد تصرف في ملكه بغير تبرع منه ، لأن دعوى التبرع قد سقطت باليمين ، قالوا يجب حينئذ أجره المثل .

واعترض بعض أفاضل متأخري المتأخرين وهو الخراساني في الكفاية على هذا الكلام بمنع الأصل المدعي هنا أعني قوله والأصل يقتضي عدم خروج المنافع عن ملك المالك الا بعوض ، قال : إذ لاجبة عليه عقلاً ونصاً .

أقول : مرجع هذا الأصل الى الاستصحاب ، فانه أحد المعاني التي يطلق عليها ، ولا شك أن العين من حيث هي ملك للمالك ، فكذا منافعها ، فبعد خروجها عن يد المالك على هذا الذي وقع فيه الاختلاف ، لو تمسك المانع باستصحاب بقاء المنافع على مائت لها أولاً من ملكية المالك حتى يقوم الدليل على خلافه فهو صحيح ، والظاهر أنه ليس من الاستصحاب الذي هو محل الخلاف بين الأصحاب ، بل الاستصحاب المتفق عليه ، وهو استصحاب الإطلاق أو العموم حتى يقوم دليل التقييد أو التخصيص .

وبالجملة فانه لا يظهر لي وجه ما ذكره ، نعم استشكل هذا القول في المسالك بما لو كان ما يدعيه من الاجرة أقل من أجره المثل ، لاعترافه بنفسه الزائد ، قال : فينبغي أن يثبت له يمينه أقل الأمرين مما يدعيه وأجره المثل ، لأن الأقل إن كان ما يدعيه فهو معترف بعدم استحقاقه سواء ، وإن كان الأقل أجره المثل فلم يثبت يمينه سواها ، إذ لم تثبت الاجارة ، وإنما لزم تصرف الراكب في حاله بغير إذن المالك على وجه التبرع .

أقول : من أجل ما ذكره من هذا الاشكال صار في المسئلة قولاً ثالثاً فذهب في القواعد الى هذا القول ، وهو أنه بعد حلف المالك فالتأبث له أقل الأمرين من أجره المثل ومن المسمى ، الا أنه قد أورد عليه أيضاً أن المالك على تقدير كون المسمى أكثر من أجره المثل ، فالمالك يدعي الزائد من الاجرة عن أجره المثل ، والراكب ينفيه ، فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه ، وليس الا بيمين الراكب على نفي الاجارة .

وتوضيحه أن حلف المالك على نفي الاعارة ، لم يدل على نفي الاجارة ولا اثباتها ، فيبقى دعوى الاجارة على حالها ، ولما لم يثبتها المالك بالبينة رجعنا الى الأصل المتقدم من أصالة بقاء ملكه للعين وللمنافع ، فلا بد من الحكم على الراكب بعوض في مقابلتها ، حيث تصرف فيها من غير أن يتبرع بها المالك ، ووجب الحكم له بأقل الأمرين لما تقدم ، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقدير كون المسمي في الاجارة زائداً على أجرة المثل ، فان المالك يدعيه ، وراكب الدابة ينفيه ، ولا يندفع ذلك إلا يمين الراكب على نفي الاجارة : أو نكوله فيحلف المالك على الاجارة ، ويأخذ الزائد .

ومن هنا انفتح في المسئلة قول رابع ، فذهب في المختلف وجماعة منهم الشهيذان ، الأول منهما في بعض تحقیقاته ، على ما نقل عنه ، والثاني في المسالك الى أنهما يتحالفان ، فان كلا منهما مدع ومدعى عليه ، لما عرفت من التوضيح المتقدم .

أقول : وبهذا ترجع المسئلة هنا الى ما نقلناه عنهم في كتاب المزارعة ، حيث أنهم لم يذكروا ثمة خلافاً في المسئلة على نحو ما ذكره هنا ، وإنما نقلوا فيها قولين ، أحدهما وهو المشهور التحالف ، بأن يحلف صاحب الأرض على نفي العارية ، ويحلف الزارع على نفي الاجارة ، فيتساقط الدعويان ، ويرجع إلى أجرة المثل ، أو أقل الأمرين ، والقول الثاني القرعة كما تقدم ذكره ثمة ، وهنا قد اختلفوا الخلاف كما عرفت ، والمسئلة واحدة في الكتابين كما هو ظاهر نصب العين .

وكيف كان فان لقائل أن يقول أيضاً : إن المالك هنا يدعى بالاجارة حقاً معيناً ، ولا يدعى شيئاً آخر سواء ، فاذا حلف الراكب على عدم الاجارة ، سقط يمينه هذا الحق الذي يدعيه المالك ، لأن اليمين من المنكر مسقط الحق ، وقد اعترف بأنه لاحق له سواء ، فاذا سقط باليمين ، فبأي شيء يثبت أقل الأمرين ،

وابتات حق المالك من غير الوجه الذي يدعيه ، بناء على ما ذكره من تصرف الراكب بغير إذنه ، فيقضى له بأجرة المثل ، أو أقل الأمرين مشكل ، لأنه باليمين الواقعتين منهما معاً صار هذا التصرف محتملاً لكونه تصرفاً صحيحاً شرعياً بلا أجرة ، وكونه تصرفاً شرعياً بالأجرة ، والأجرة انما تثبت على تقدير الثاني ، وهو غير معلوم ، لاحتمال كونه شرعياً مجاناً كما يدعيه المستعير ، ومن المعلوم كذب احدي اليمينين في هذا المقام ، وأصالة عدم اشتغال الذمة مؤيد ، والحكم له بشيء لا يدعيه - ولا يطلبه ، وإنما يطلب غيره مما قد انتفى باليمين - غير متجه . وبالجمله فان الرجوع إلى التعليقات العقلية لا ينتهي إلى ساحل ، والمسئلة لما كانت عارية من النصوص كثر فيها الكلام ، وتقابل النقض فيها والابرار .

وفي المسئلة أيضاً قول خامس بالقرعة ، ذهب اليه الشيخ في كتاب المزارعة من الخلاف ، قال : لأن القرعة لكل أمر مشكل ، وردة جملة من المتأخرين بالضعف ، قالوا : لأنه لا اشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعي والمنكر . أقول : لا يخفى ما فيه بعد ما عرفت مما وقع لهم من الخلاف في المقام ، وتصادم هذه التعليقات منهم في النقض والابرار ، فكيف لا يحصل الاشتباه ، والحال كما عرفت ، هذا كله فيما اذا مضت لذلك المتنازع فيه مدة في يد المتصرف قد استوفى فيه منافعه .

أما لو لم يمض لذلك مدة ، ولم يحصل الانتفاع بشيء من المنافع المترتبة عليه ، فاقول في ذلك قول المتصرف ، لأن المالك هنا لا يدعى التصرف في شيء من المنافع ، وإنما يدعى عليه الاجارة ، وتحقق الأجرة في ذمته ، واشتغالها بها والمتصرف ينكر ذلك ، فاقول قوله يمينيه ، فاذا حلف على نفي الاجارة سقط دعوى الأجرة ، واسترد المالك العين ، وان نكل حلف المالك اليمين المردودة ، واستحق الأجرة ، والله سبحانه العالم .

الحاق في المقام :

وهو يشتمل على جملة من الاحكام، أحدها - أنه اذا استعار شيئا للاقتفاع به في شيء مخصوص ، فانتفع بها في غيره فظاهر الأصحاب الحكم عليه بالضمان لتعديه في العين بالتصرف فيها على غير الوجه المأذون له فيه وتلزمه الأجرة لمثل ذلك العمل وهو ظاهر .

وثانيها - أنه اذا جحد العارية فالقول قوله يمينه ، لأن الأصل عدم ، فان أثبت المالك عليه صحة الدعوى المذكورة زال استيمانه ، ولزمه الضمان ، والظاهر أن الكلام هنا كالكلام في الوديعة لو جحدها ، وأثبتها المالك عليه ، وقد تقدم تفصيل البحث في ذلك في كتاب الوديعة .

وثالثها - ما اذا ادعى التلف ، فان القول قوله يمينه عندهم ، وقد عرفت ما فيه في المسئلة الأولى من مسائل هذا الفصل في كتاب الوديعة (١) .

ورابعها - ما اذا ادعى الرد على المالك ، فان القول قول المالك يمينه ، لأنه منكر ، والأصل عدمه ، وقد تقدم في كتاب الوديعة أن المشهور فيما اذا ادعى الوديعة الرد على المالك أن القول قول الوديعة يمينه ، مع أن الأصل عدم الرد ، وعموم البينة على المدعى ، الا أنهم فرقوا بينه وبين العارية ، بأن الوديعة اما قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض ، و « ما على المحسنين من سبيل (٢) » ، وأنت خير بما فيه ، حيث ان هذه العلة غير منصوصة ، مع مخالفة ما ذكره في الوديعة للقواعد الشرعية ، ولهذا توقف جملة من الأصحاب في حكم الوديعة كما تقدم ذكره ثمة ، واستشكلوا القول المشهور وهو في محله لما عرفت .

قال في المسالك : واعلم أن هذه العلة تجري في كثير من أبواب تنازع المستأمنين ، الا أنها تقتضي قبول قول الوكيل في الرد لو كان بغير جعل ،

(١) ص ٤٥٥

(٢) سورة التوبة - الآية ٩١ .

وهو مشكل لمخالفة الأصل وكون هذه العلة ليست منصوبة وانما هي مناسبة ، انتهى وهو جيد .

والتحقيق أن يقال : ان مقتضى الأخبار المتقدمة في كتاب الوديعة هو قبول قول الأمين ، وعدم اتهامه فيما يقوله ، وان خالف الأصل ، وحينئذ يكون هذه الأخبار منحصصة لهذه القاعدة ، أعنى قاعدة البيئة على المدعي ، واليمين على المنكر والحكم متعلق بالأمين ودعياً كان أو مستعيراً ، أو وكيلاً أو نحوهم ، ودعوى الفرق - بين الودعي وغيره ممن قبض لمصلحته ، كالمستعير والوكيل بجعل والمرتهن - فيه أولاً ما ذكر من عدم الدليل على هذا التعليل ، وثانياً ان قبضه على أحد هذه الوجوه لا ينافي الايمان الذي رتب عليه قبول قوله لأن الايمان إنما هو عبارة عن الوثوق به في عدم الخيانة ، والمخالفة لأمر المالك ، وادخال الضرر عليه ، فكل من دفع اليه المالك بهذا الوجه ودعياً كان أو مستعيراً أو وكيلاً بجعل أو بغير جعل ، فانه يقبل قوله ، بمقتضى تلك الأخبار ، ويؤيده أخبار ما خافك الأمين ، ولكن ائتمنت الخائن ، كما تقدم في كتاب الوديعة .

وخامسها - ما إذا فرط في العارية ثم تلفت ، فانه ان كانت من ذوات الأمثال ضمن المثل بغير إشكال ، وان كانت من ذوات القيم فقد اختلف الأصحاب - في ذلك . فقيل : ان الواجب عليه قيمتها يوم التلف ، وهو مختار الشرايع والمسالك وعلل بأن الواجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون القيمة ، وانما ينتقل الى القيمة مع التلف ، وحينئذ فالمعتبر القيمة وقت التلف .

وقيل : أن الواجب أعلى القيم من وقت التفريط الى وقت التلف ، وعلل بأن العين لما كانت مضمونة ، فكل واحدة من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة ، اذ معنى ضمان العين كانت لو تلفت ضمن قيمتها ، وهو حاصل في جميع الوقت ، فيضمن أعلى القيم لدخول الباقي فيها .

وقيل : المعتبر قيمتها وقت الضمان ، قال في المسالك . وموضع الخلاف ما

لو كان الاختلاف بسبب السوق ، أما لو كان بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه ، لأن ضمان العين يقتضي ضمان أجزائها ، انتهى .

أقول : وقد تقدم الكلام في ذلك ، وهذا القول الأخير نقله في الكفاية قولاً ثالثاً في المسئلة ، ولعله أشار به إلى ما نقله في المختلف عن ابن حمزة ، حيث قال ابن حمزة : إن هلك مضموناً لزم قيمته يوم القبض ، وإن هلك غير مضمون بالتفريط لزم قيمته يوم التلف ، بأن يكون المراد بقيمته وقت الضمان ، كما ذكره . يعنى يوم القبض الذي ثبت فيه الضمان واستقر ، إلا أن الظاهر أن ما ذكره في المختلف مسئلة أخرى على حياها غير ما نحن فيه ، فان فرض المسئلة التي ذكرناها في كلام الأصحاب إنما هو بالنسبة إلى العارية الغير المضمونة لوفرط فيها ثم تلفت في يده .

وظاهر كلام المختلف مسئلة أخرى وهو أنه إذا هلكت العارية عند المستعير فقد قال ابن حمزة : بأنها إن كانت العارية مضمونة باشتراط الضمان فيها ونحوه فاللازم قيمتها يوم القبض ، وإن لم يكن مضمونة وهلكت بالتفريط لزمته قيمته يوم التلف ، وهذا يرجع إلى القول الأول الذي قدمناه ، فان هذا الفرد الثاني من التردد يرجع إلى ما تقدم .

وفي المختلف بعد أن نقل عن ابن حمزة قال : والمعتمد أن نقول : إن كان من ذوات الأمثال ضمنه بالمثل ، وإن كان من ذوات القيم ضمنه بقيمته يوم التلف إن كان مضموناً ، وبأعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف إن هلك بالتفريط ، إن قلنا أن الغاصب يضمن بأعلى القيم ، وإلا فالقيمة يوم التلف ، وظاهره في اختياره أعلى القيم - فيما لو لم تكن مضمونة ، وإنما هلكت بالتفريط - موافقة القول الثاني المتقدم .

وقد تلخص مما ذكرناه أن العارية إذا تلفت عند المستعير وكانت قيمية فإن كانت مضمونة ففيها قولان : ، أحدهما مذهب ابن حمزة ، وهو قيمته يوم القبض ،

وثانيهما مذهب العلامة وهو قيمته يوم التلف وإن لم تكن مضمونة ، وهلكت بالتفريط ، فالأقوال الثلاثة المتقدمة : وابن حمزة قد وافق الأول ، والعلامة وافق الثاني ، وهذا الخلاف هنا متفرع على الخلاف في ضمان المغصوب ، حيث أنه هنا بالتفريط لحقه حكم الغاصب ، واليه يشير كلام العلامة المذكور والله سبحانه العالم .

وسادسها - مالمو اختلافاً في القيمة بعد التفريط على تقدير تلفه ، وكذا لو كان مضموناً بأمر آخر ثم تلف ، فقل : إن القول قول المالك مع يمينه ، وبه قال الشيخان ، وسلاح وابن حمزة ، وابن البراج .

وقال أبو الصلاح : وإن اختلفا في مبلغها أو قيمتها أخذ ما أقربه المستعير ووقف مازاد عليه على بينة أو يمين المعير ، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه فإن قصد يمين المعير برد المستعير صار قوله مخالفاً لما تقدم ، وإلا فلا .

وقيل : القول قول المستعير لأنه منكر ، فيدخل في عموم الخبر ، وبه قال ابن ادريس ومن تأخر عنه ، قال ابن ادريس : الذي تقتضيه أصول الأدلة والمذهب أن القول قول المدعي عليه ، واليمين على المنكر ، وهو المستعير مع يمينه .

قال في المختلف : وهو الوجه عندي ، لنا أنه منكر ، فالقول قوله مع اليمين ، لقوله **إِلَّا** (١) «البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر» ثم نقل عن الأولين الاحتجاج على ما ذهبوا إليه ببطالان الأمانة بالخيانة ، فلم يكن قوله مقبولا في القيمة .

ثم رده بأنه لا يلزم من بطلان الأمانة خروجه عن حكم المنكر ، وهو جيد ، وحاصله أن قبول قوله بيمينه إنما هو من حيث كونه منكراً وهذا حكم المنكر شرعاً لا من حيث كونه أميناً حتى يتجه منعه بالخيانة والله سبحانه العالم .

وسابعها - مالمو اختلافاً في التفريط فالمشهور أن القول قول المستعير بيمينه

(١) الوسائل ج ١٨ ص ١٧٠ ح ١ باختلاف ما والمستدرک ج ٣ ص ١٩٩ .

مع عدم البينة ، وهو قول الشيخ وابن البراج ، وابن حمزة وأبى الصلاح ، وابن ادريس ، وعليه المتأخرون .

وظاهر كلام المفيد وسلاح علي ما نقل عنهما في المختلف أن القول قول صاحب العارية يمينه ، ولاريب في ضعفه ، لأن المستعير منكر ، فالقول قوله يمينه ، وعلى المدعي البينة ، وهو ظاهر ، وثانها : مالمو اختلفا فقال المالك : غسبتنيها ، وقال المتصرف : أعرتنيها ، فالمشهور أن القول قول المالك مع يمينه ، وهو مذهب ابن ادريس ، والعلامة في جملة من كتبه ، والشيخ في كتاب المزارعة من المبسوط ، وقال في الخلاف وكتاب العارية من المبسوط : إن القول قول الآخر ، قال : إذا اختلفا فقال المالك : غسبتنيها وقال الراكب : أعرتنيها قدم قول الراكب ، لأصالة براءة الذمة ، والمالك يدعي الضمان للدابة ولزوم الأجرة إن كان ركبها ، والوجه في القول الأول على ما ذكره في التذكرة ما تقدم من أصالة تبعية المنافع للأعيان في التملك ، فالقول قول من يدعيها مع اليمين وعدم البينة ، لأن المتصرف يدعي انتقال المنفعة إليه بالا عارة وبرائة ذمته من التصرف في مال الغير ، فعليه البينة وعلى هذا فبعد حلف المالك يستحق لما مضى من المدة ، فيرجع الدابة مع الأجرة هذا إذا مضت مدة لملئها أجرة ، ولولم تمض مدة والعين باقية ، فان هذه الدعوى لائمة لها ، بل يرد المتصرف العين الى مالئها ، ولو تلفت العين في تلك المدة التي مضت ، فالكلام في الأجرة يبني على الخلاف المتقدم ، وأما القيمة ، فان كانت العارية التي يدعيها المتصرف مضمونة ، فهو يعترف في القيمة فيلزمه اداؤها .

قال في التذكرة : ويحكم فيها بقول المتصرف ، لأصالة براءة ذمته من الزائد عن القيمة وقت التلف إن أوجبتنا على القاصب أعلى القيم ، وإن كانت العارية غير مضمونة ، قال في التذكرة : فان القول قول المالك في عدم الاعادة ، وقول المتصرف في عدم الغصب ، لتلايضمن ضمان الغصب ، ثم يثبت على المتصرف

بعد حلف الراكب على نفي الاعارة قيمتها وقت التلف انتهى ، والله سبحانه العالم .
 وتاسعها - مالو ادعي الراكب الاجارة ، والمالك العارية المضمونة بعد تلف
 العين ، وقبل مضي مدة لها أجرة ، قال في المبسوط : القول قول الراكب مع يمينه ،
 لأن صاحبها يدعي ضماناً في العارية ، فعليه البينة والأصل برائة الراكب .
 وقال في المختلف : الأقرب أن القول قول المالك ، لأن الأصل تضمن مال
 الغير ، لقوله عَلَيْهِ (١) « على اليد ما أخذت » وأنت خير بما في هذه الفروع من
 الاشكال لخلوها من النص الذي هو العمدة في الاستدلال ، وعدم صحة بناء الأحكام
 على هذه التعليقات التي يتداولونها في هذا المجال ، سيما مع تصادمها وتضادها
 كما عرفت ، والله سبحانه العالم بحقيقة الحال .



كتاب الاجارة

والبحث فيه في مطالب أربعة الاول : في الاجارة والعقد ، وما يترتب عليه والكلام في ذلك يقع في مواضع : الاول الاجارة ثابتة بالنص كتاباً وسنة ، واجماع علماء الخاصة والعامة ، قال الله عز وجل (١) « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » وقال (٢) « لو شئت لاتخذت عليه أجراً » وقال تعالى (٣) « قالت احديهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين » « قال إني أريد أن انكحك احدي ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ، الآية . وأما السنة فمستفيضة كما ستأتيك بذلك الأخبار .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة (٤) عن محمد بن سنان عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألت عن الاجارة فقال : صالح لا بأس به إذا نصح قدر طاقته ، وقد أجر موسى بن عمران عليه السلام نفسه : واشترط فقال : إن شئت ثمانياً وإن شئت عشراً فأنزل الله فيه « أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشراً فمن عندك » (٥) وروي

(١) سورة الطلاق - الآية ٦ .

(٢) سورة الكهف - الآية ٧٧ .

(٣) سورة القصص - الآية ٢٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ٢ ، القبه ج ٣ ص ١٠٦ ، ح ٩٠ التهذيب ج ٦

ص ٣٥٣ ح ١٢٤ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٢ .

(٥) سورة القصص - الآية ٢٨ .

الحسن بن علي بن شعبة في تحف العقول (١) عن الصادق عليه السلام أنه سأل عن معاش العباد وساق الخبر إلى أن قال : وتفصيل الاجارات فاجارة الانسان نفسه إلى أجرة إلى آخره ، وقد تقدم الخبر بتمامه في المقدمة الثالثة فيما يكتسب به من المقدمات المذكورة في صدر كتاب التجارة (٢) والمفهوم من جملة من الأخبار كراهة اجارة الانسان نفسه لأنه يحظر على نفسه الرزق ، فروى في الكافي عن الفضل بن عمر (٣) قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : من آجر نفسه فقد حذر على نفسه الرزق ، قال في الكافي (٤) وفي رواية أخرى وكيف لا يحظره وما أصاب فيه فهو لربه الذي آجره ، وروى في الفقيه عن عبدالله بن محمد الجعفي (٥) « عن أبي جعفر عليه السلام قال : من آجر نفسه فقد حذر عليها الرزق وكيف لا يحظره ، الحديث كما تقدم .

وروى المشايخ الثلاثة عن عمار الساباطي (٦) « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : في الرجل يتجر فإن هو آجر نفسه أعطى ما يصيب في تجارته ، فقال : لا يؤاجر نفسه ، ولكن يسترزق الله عز وجل ويتجر ، فإنه إذا آجر نفسه حذر على نفسه الرزق ، وفي الفقيه « أعطى أكثر مما يصيب من تجارته » .

والشيخ جمع بين هذه الأخبار ، وخبر إجارة موسى عليه السلام نفسه بحمل المنع على الكراهة ، واستبعده في الوافي بالنسبة إلى النبيين المذكورين (صلوات الله على نبينا وآله وعليهما) قال : والأولى أن يحمل المنع على ما إذا استغرقت أوقات الموجه كلها بحيث لم يبق لنفسه منها شيء كما دلت عليه الرواية الأخيرة من الحديث الأول .

(١) تحف العقول ص ٢٤٨ ط نجف ، الوسائل ج ١٢ ص ٥٦ في الاوسط ح ١٣ ج ١٣

ص ٢٤٢ ح ١ .

(٢) ج ١٨ ص ٧٠ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٣ ح ١ و ٢ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ١٠٧ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٤ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ١٠٧ ح ٩١ ، الكافي ج ٥ ص ٩٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٦

ص ٣٥٣ ح ١٢٣ ، الوسائل ج ١٢ ص ١٧٦ ح ٣ .

وأما إذا كانت بتعيين العمل دون الوقت كله فلا كراهة فيها كيف ؟ وكان مولانا أمير المؤمنين عليه السلام يواجر نفسه للعمل ليهودي وغيره في معرض طلب الرزق ، كما ورد في عدة أخبار ، انتهى وهو جيد .

الثاني : قد عرف بعض الأصحاب الاجارة بأنها عقد ثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم ، وعرفها آخر بأنها عبارة عن تمليك المنفعة الخاصة بعوض معلوم ، ومرجه الى أنها عبارة عن نفس العقد الذي ثمرته ذلك أو عبارة من التمليك الذي هو الثمرة ، والبحث في ذلك لا ثمرة له بعد ظهور المراد ، بقي الكلام في أن المشهور بين الأصحاب هو أنه لما كانت من العقود اللازمة وجب انحصار ألفاظها في الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة ، مثل آجرتك في الإيجاب ، وأكرمك وفي معناه استكرت وتكارت ، ومنه أخذ المكاري ، لأنه يكرى دابته ، أو نفسه ، وكذا يشترط فيه ما يشترط في غيره من العقود اللازمة من العربية حتى في الأعراب والبناء ووقوع القبول على الفور ، ونحو ذلك مما تقدم في كتاب البيع .

وقد تقدم ثمة ما في ذلك من البحث ، وأنه لا دليل شرعاً على أن يرد من الألفاظ الدالة على الرضا من الجانبين بتلك المعاملة كيف اتفق في هذا الموضع وغيره ، وبذلك صرح جملة من محققي متأخري المتأخرين .

وأما لزوم العقد فلا اشكال فيه للأدلة العامة في السوفاء بالعقود والشروط وخصوص ما رواه في الكافي عن علي بن يقطين (١) في الصحيح قال : سألته يعني أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكرى السفينة سنة أو أقل أو أكثر قال : الكري لازم الى الوقت الذي اكتراه اليه والخيار في أخذ الكرى الى ربها ان شاء أخذ وان شاء ترك ، وما رواه في الكافي والتهذيب (٢) عن محمد بن سهل قال : سألت

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٤٩ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٣ ، الوسائل المصدر

أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت والسفينة سنة أو أقل أو أكثر قال : كراه لازم الى الوقت الذي تكراه اليه ، الحديث كما تقدم

وما رواه الشيخ في الصحيح عن علي بن يقطين (١) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري عن الرجل البيت والسفينة ، مثل الحديثين المتقدمين ، ثم انهم بناء على ما قدمنا نقله عنهم من اشتراط ألفاظ مخصوصة يجوزوا ذلك أيضاً بلفظ ملكتك إذا أضيف إلى المنفعة ، وذلك لأن التملك يفيد نقل ما تعلق به ، فلو قال : ملكتك هذه الدار أفاد نقل عينها ،

مع أن المقصود من الاجارة هو تملك المنفعة مع بقاء العين على ملك صاحبها ، وحينئذ فإذا أريد بهذا اللفظ الاجارة تعين إضافته الى المنفعة ، قالوا : وكذا تصح الاجارة بلفظ أعرتك حيث ان الاجارة مخصوصة بالمنفعة ، فتصح لو قال : أعرتك هذه الدار سنة بكذا وكذا .

وبالجملة فانه لما كانت الاعارة لا تقتضي ملك العين ، وانما تفيد التسلط على المنفعة كان اطلاقها بمنزلة تملك المنفعة ، فتصح اقامتها مقام لفظ الاجارة بغير اضافته الى المنافع ، ويشكل بأن الاعارة وان تعلقت بالمنافع لا بالعين الا أنها انما تفيد الاباحة ، والمطلوب في الاجارة تملك المنفعة ، والموضع لا يدخل له في ماهيتها بخلاف التملك ، فانه يجامع الموضع ، وارتكاب التجوز في مثل ذلك خروج عما قررره من قواعدهم في العقود اللازمة ، كذا أورده في المسالك .

واختلفوا فيما لو قال : بعتك هذه الدار وقصد الاجارة ، أو قال : بعتك سكناها سنة بكذا ، فالمشهور بل ظاهر التذكرة دعوى الاجماع عليه حيث نسبته الى علمائنا هو البطلان ، وعلل ذلك باختصاص البيع بنقل الأعيان والمنافع تابعة لها فلا ينشر الملك لو تجوز به في نقل المنافع مفردة وان نوى الاجارة .

وفي التحرير جعل المنع أقرب وهو يؤذن بالخلاف ، وتردد في الشرايع

ومنشأ التردد مما تقدم ، ومن أنه بالتصريح بإرادة نقل المنفعة مع أن البيع يفيد نقلها أيضاً مع الأعيان وان كان بالتبع ناسب أن يقوم مقام الاجارة اذا قصدتها .
وظاهر المحقق الأردبيلي هنا بناء على القول بالاكتفاء بكل ما دل على المراد من الألفاظ والتراضي به ، كما قدمنا ذكره ، حيث انه ممن اختار ذلك القول بالجواز في العارية ، وفي البيع على الوجه المذكور ، حيث قال في العارية - بعد الإشارة الى ما قدمنا نقله عن المسالك من الاشكال - ما لفظه : ولا يبعد اخراجها عن ظاهرها بما يخرجها عنه صريحاً مثل أن يقول : أعتك هذه الدار سنة بكذا ، غاية أن يكون مجازاً بقرينة ظاهرة بل صريحة ، بحيث لا يحتمل غير المجاز ولا مانع منه لغة ولا عرفاً ولا شرعاً كما في لفظه ملكتك .

نعم لو ثبت كون صيغة الاجارة متلقة من الشرع وليس هذه منها لصح عدم الانعقاد بها ، ولا يكفي مجرد كونه عقداً لازماً ، ودعوى أن التجوز بمثل هذا يخرج عنه كونه لازماً كما قاله في شرح الشرايع ، وقال : بالنسبة الى البيع ، وقد مرّ ما يفهم البحث منه في عدم انعقادها بنحو البيع ، مثل بعثك هذه الدار أو منفعتها سنة بكذا ، وأنه فهم الاجماع من التذكرة ، فان كان اجماعاً فلا كلام والا فالظاهر أن لا مانع من الانعقاد اذا علم القصد ، فان الظاهر أنه يكفي مع صلاحية اللفظ في الجملة ، وان كان موضوعاً متعارفاً في الأصل لنقل الأعيان ، وهو وجه التردد في الشرايع ، انتهى .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار الواردة في هذا المقام زيادة على ما قدمناه في كتاب البيع مما يدل على سعة الدائرة في العقود وأنها ليست على ما ذكره من الشروط والقيود ما رواه في الكافي عن زرارة (١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يأتي الرجل فيقول : اكتب لي بدراهم فيقول له : آخذ منك وأكتب لك بين يديك قال : فقال : لا بأس ، الحديث .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٦ ، الوسائل

وما رواه في الفقيه عن محمد بن الحسن الصفار (١) في الصحيح « أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام يقول: رجل يبدق القوافل من غير أمر السلطان في موضع مخيف ويشارطونه على شيء مسمى، أله أن يأخذ منهم أم لا؟ فوقع عليه إذا واجر نفسه بشيء معروف أخذ حقه انشاء الله ».

وما رواه عن محمد بن عيسى البقطيني (٢) « أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي بن محمد العسكري عليه السلام في رجل دفع ابنه إلى رجل وسلمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له، ثم جاء رجل آخر فقال له: سلم ابنك مني سنة بزيادة، هل له الخيار في ذلك؟ وهل يجوز له أن ينفسخ ما وافق عليه الأول أم لا؟ فكتب عليه يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف.

وفي هذا الخبر دلالة على لزوم الاجارة كما تقدم ذكره، وظاهر هذه الأخبار كما ترى وقوع الاجارة فيما تضمنته من غير عقد، ولا ايجاب ولا قبول غير مجرد التراضي الواقع بينهما بهذه الالفاظ.

وما رواه في الفقيه عن أبان عن اسماعيل (٣) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال أجرنيها بكذا وكذا إن زرعتها أو لم أزرعها أعطيك ذلك فلم يزرع الرجل قال: له أن يأخذه بماله، إن شاء ترك وإن شاء لم يترك.

وما رواه في الكافي عن أبان عن اسماعيل بن الفضل (٤) مثله، وما رواه في الكافي عن أبي حمزة (٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل يكثر الدابة فيقول أكثريتها منك إلى مكان كذا وكذا، فإن جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك؟ قال: لا بأس به كله.

(١) و (٢) الفقيه ج ٣ ص ١٠٦ ح ٨٨ و ٨٩، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٤

باب ١٤ و باب ١٥.

(٣) و (٤) الفقيه ج ٣ ص ١٥٥ ح ٥، الكافي ج ٥ ص ٣٦٥ ح ٧، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٥٨ ح ١.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٩ ح ١.

وهذان الخبران وان اشتملا على العقد الا أنه في عكس القاعدة المقررة عندهم حيث ان الايجاب فيهما انما وقع ممن وظيقته القبول ، والقبول ممن وظيقته الايجاب مع عدم ذكر لفظة تدل على القبول ، وانما ظاهرهما كون القبول وقع بمجرد الرضا من غير لفظة ، وهو أبلغ في الرد لما قالوه ، ومن ذلك يعلم ما ذكرناه من اتساع الدائرة في العقود ، والله سبحانه العالم .

الثالث : قد عرفت مما قدمناه من الأخبار أن الاجارة من العقود اللازمة وعليها اتفاق كلمة الأصحاب ، وحينئذ فلا تبطل الا بالتقاييل أو أحدا لأسباب الموجبة للفسخ ، مثل أن يتعذر الا تنفاع بالعين المستأجرة لغصبها ، أو انهدامها ، أو مرض الأجير كما تقدم في مكتبة اليقطيني ونحو ذلك مما سيأتي انشاء الله تعالى .

ولا تبطل بالبيع اذ لامنافاة بينهما لأن الاجارة انما تتعلق بالمنافع والبيع إنما يتعلق بالاعيان والمنافع وان كانت تابعة للأعيان ، الا أن المشتري متى كان عالماً بالاجارة فانه يتعين عليه الصبر الى انقضاء مدة الاجارة ، لأنه قدم على شراء مال مسلوب المنفعة هذه المدة وان كان جاهلاً تخير بين فسخ البيع وامضائه مسلوب المنفعة الى تمام المدة المعينة .

والأقرب أنه لافرق في صحة العقد بين كون المشتري هو المستأجر أو غيره فيجتمع عليه لو كان هو المشتري الثمن من جهة البيع ، والأجرة من جهة الاجارة وربما قيل يبطلان الاجارة وانفاؤها في الصورة المذكورة ، لأن تملك العين يستلزم ملك المنافع ، لأنها نماء الملك ، وفيه ان ذلك مسلم فيما لو لم يسبق سبب آخر لتملكها وهي هنا قد تقدم عقد الاجارة الموجب لملك المنفعة ، والبيع إنما ورد على ملك مسلوب المنفعة في تلك المدة بعين ما ذكرناه في صورة ما ، اذا كان المشتري شخصاً آخر غير المستأجر .

وكيف كان فإن العقدين صحيحان لامنافاة بينهما ، ولو ثبتت المنافاة بين البيع والاجارة لكان الباطل هو البيع ، دون الاجارة .

والذي وقفت عليه من الأخبار الدالة على صحة البيع هنا ما رواه في الفقيه

عن أبي همام (١) « أنه كتب الى أبي الحسن عليه السلام في رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤاجر تلك الضيعة بضره المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت؟ أو يثبت في يد المستأجر الى أن تنقضي اجارته؟ فكتب عليه السلام يثبت في يد المستأجر الى أن تنقضي اجارته » .

ورواه في الكافي عن أحمد بن اسحاق الرازي قال : كتب رجل إلى أبي الحسن الثالث عليه السلام : « رجل استأجر ، الحديث بأدنى تفاوت لا يخل بالمقصود .

وما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف (٢) عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل جعل داراً سكني لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده؟ قال : هي له ولعقبه من بعده كما شرط؟ قلت : فإن احتاج الى بيعها يبيعها؟ قال : نعم ، قلت : فينقض بيعه الدار السكني؟ قال : لا ينقض البيع السكني ، كذلك سمعت أبي يقول : قال أبو جعفر عليه السلام : لا ينقض البيع الاجارة ولا السكني ، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتري حتى ينقضي السكني - على ما شرط - والاجارة ، قلت : فإن رد علي المستأجر ماله وجميع ما لزمه من المنفعة والعمارة فيما استأجره ، قال : علي طيبة النفس ورضا المستأجر بذلك لا بأس » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن يونس (٣) قال : كتبت الى الرضا عليه السلام أسأله عن رجل قبل من رجل أرضاً أو غير ذلك سنين مسمأة ثم ان المقبل أراد

(١) القفيه ج ٣ ص ١٦٠ ح ١٢ ، الكافي ج ٥ ص ٢٧١ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٦٦ ح ١

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٤١ ح ٤٠ ، الاستبصار ج ٤ ص ١٠٤ ، القفيه ج ٤ ص ١٨٥

ح ١ ، الكافي ج ٧ ص ٣٨ ح ٣٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٧ ح ٣

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٦٧ ح ٤

بيع أرضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسماة هل للمتقبل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذي قبلها منه اليه وما يلزم المتقبل له ؟ قال : فكتب : له أن يبيع إذا اشترط على المشتري أن للمتقبل من السنين ماله .

أقول قد اشتركت هذه الأخبار في الدلالة على صحة الاجارة ، وأن البيع لا يبطلها ، وأما ما اشتمل عليه الخبر الثالث من أنه يبيع بشرط أن يشترط على المشتري منافع الأرض للمستأجر ، فهو محتمل للحمل على وجوب الاخبار أو استحبابه ، بناء على الخلاف في وجوب الاخبار بالعيب في المبيع وقت البيع ، وعدمه ، فإن قلنا بالوجوب كان الشرط هنا محمولاً على الوجوب ، والا فهو محمول على الاستحباب ، وكيف كان فالبيع صحيح .

والخبر الثاني قد دلّ على أن حكم السكنى كالاجارة في صحة الجميع ، وعدم المناقاة بين الأمرين ، والأصحاب قد اتفقوا على ذلك في الاجارة ، واختلفوا في السكنى ، والمشهور أنه لا تبطل السكنى والعمرى والرقي بالبيع ، ويجب الوفاء بذلك إلى انقضاء الأجل أو العمر ، ثم يرجع للمشتري واضطرب كلام العلامة في ذلك ففي الإرشاد قطع بجواز البيع ، وفي التحرير استقرب العدم ، لجهالة وقت انتفاع المشتري ، وفي القواعد والمختلف والتذكرة استشكل الحكم .

وأنت خير بما فيه بعد ورود الخبر الصحيح المذكور ، وتأيدته باتفاقهم على ذلك في الاجارة ، والجميع من باب واحد ، قالوا : ولو فسخ المستأجر بعد البيع بحدوث عيب ونحوه رجعت المنفعة إلى البائع لا إلى المشتري ، ووجه ظاهر ، لأن المشتري إنما اشترى مالاً مسلوب المنفعة في تلك المدة ولا يتسلط عليها الا بعد انقضاء تلك المدة ، وإنما هي للمستأجر مع بقاء الاجارة أو ترجع للمالك بعد فسخها .

قالوا : ولا تبطل الأجارة بالعدز مهما كان الانتفاع الذي تضمنه عقد الاجارة

من اطلاق أو تعيين ميكننا ، ومرجعه إلى امكان حصول الانتفاع الذي تضمنه العقد في الجملة ، كان تخرب الدار مع بقاء الانتفاع بها في الجملة ، لكن متى كان الأمر كذلك فإنه وإن لم تبطل الاجارة الا أنه يتخير المستأجر دفعاً للضرر عليه بين الفسخ والامساك بتمام الأجرة .

قال في المسالك : ولا عبرة بإمكان الانتفاع بغير العين كما لو استأجر الأرض للزراعة ففرقت وأمكن الانتفاع بها بغيرها ، فإن ذلك كتلف العين ، وعدم منع العذر - الانتفاع أعم من بقاء جميع المنفعة المشروطة وبعضها وعدم البطلان - حاصل على التقديرين ، لكن مع حصول الانتفاع ناقصاً يتخير المستأجر بين الفسخ والامساك بتمام الأجرة ، انتهى .

واختلفوا في بطلانها بالموت على أقوال ثلاثة قليل : بأنها تبطل بموت كل من الموَجِر والمستأجر ونسبه في الشرايع إلى المشهور وقيل : بأنها لا تبطل بموت أحد منهما ، وهو المشهور بين المتأخرين بل قال في المسالك أن عليه المتأخرين أجمع .

وقيل : أنها تبطل بموت المستأجر ولا تبطل بموت الموَجِر ، وهذا القول مع القول الأول للشيخ ، ونقل في المختلف عن ابن البراج أنه قال : ان عمل أكثر أصحابنا على أن موت المستأجر هو الذي يفسخها ، لاموت الموَجِر ، وفيه اشارة إلى شهرة هذا القول أيضاً في ذلك الوقت .

قال في الخلاف : الموت تبطل الأجارة سواء كان موت الموَجِر أو المستأجر ، وفي أصحابنا من قال موت المستأجر يبطلها ، وموت الموَجِر لا يبطلها ، وقال في المبسوط : الموت يفسخ الأجارة سواء كان الميِّت الموَجِر أو المستأجر عند أصحابنا والأظهر أن موت المستأجر يبطلها ، وموت الموَجِر لا يبطلها ، ونقل القول الأول عن المفيد والمرضى وابن البراج وابن حمزة وغيرهم .

احتج القائلون بالأول على ما نقله في المختلف بأن استيفاء المنفعة يتعذر

بالموت ، لأنه استحق بالعقد استيفائها علي ملك الموجر ، فإذا مات زال ملكه عن العين ، وانتقلت إلى الورثة فالمنافع تحدث علي ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفائها ، لأنه ما عقد علي ملك الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يكن ايجاب الأجرة في تركته .

ثم أجاب عن ذلك بأن المستأجر قد ملك المنافع ، وملكته عليه الأجرة كاملة وقت العقد ، قال : وينتقض ما ذكره بما لو زوج أمته ثم مات .

أقول : الأظهر في النقص عليهم هو ما صرحوا به في البيع بعد الاجارة من أن المنتقل إلى المشتري بالبيع كذلك ، إنما هو العين مسلوقة المنافع في تلك المدة وأن المنفعة بالاجارة قد خرجت عن ملك صاحب العين ، وبه يظهر أنه لا معنى لقولهم أن المنافع بعد موت الموجر تحدث علي ملك الوارث ، فإنها وإن حدثت في ملك الوارث إلا أنها قد صارت مملوكة قبل الانتقال إلى الوارث ، فالوارث هنا كالمشتري إنما انتقلت اليه العين خالية عن المنافع تلك المدة ، وهكذا القول في موت المستأجر فإن الأجرة قد صارت ديناً في ذمته بعقد الاجارة مستحقة عليها للموجر ، فلا تبرء الا بأدائها حياً كان أو ميتاً .

واستدل القائلون بالقول الثاني بأن الاجارة من العقود اللازمة ، ومن شأنها أن لا تبطل بالموت ، ولعموم (١) « الأمر بالوفاء بالعقود » ، وللاستصحاب واحتج في المختلف للقول المذكور حيث انه المختار عنده قال : لنا انه حق مالي ومنفعة مقصودة يصح الماوضة عليها وانتقالها بالميراث وشبهه ، فلا يبطل بموت صاحبها كغيرها من الحقوق ، ولأن العقد وقع صحيحاً ويستصحب حكمه ، ولأن العقد ناقل فيملك المستأجر المنافع به ، والموجر مال الاجارة ، فينتقل حق كل واحد منهما إلى ورثته انتهى ، وهو جيد .

ومرجع هذا الاستصحاب الذي ذكره هنا إلى استصحاب عموم الدليل

أو اطلاقه وهو مما لاشك في صحة الاستدلال به ، لا الاستصحاب المتنازع فيه بأن عموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط - يقتضى البقاء على حكمها حتى يحصل المخرج عن ذلك والرافع له ، وليس فليس - بل خصوص ما قدمناه من الأخبار الدالة على لزوم الاجارة الى الوقت المحدود .

مثل قوله عليه السلام في صحيحة على بن يقطين المتقدمة في الموضع الأول « الكسري لازم الى الوقت الذى اكترام اليه » ونحوها رواية محمد بن سهل المتقدمة أيضاً ، فان للقاتل بالصحة أن يستحب اللزوم حتى يقوم دليل على البطلان وليس ألا ما ذكره من تلك التعليقات العليقة مما قدمنا يانه .

ويزيد ذلك تأييداً وان كان أخفى من المدعى ما رواه في التهذيب عن ابراهيم الهمداني (١) قال : « كتبت الى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الاجارة في كل سنة عند انقضائها لا يقدم لها شيء من الاجارة ما لم ينقض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت أم تكون الاجارة منتقضة لموت المرأة فكتب عليه السلام ان كان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الاجارة وان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إنشاء الله تعالى .

وبهذا المضمون أيضاً رواية أحمد بن اسحاق الأبهري (٢) عن أبي الحسن عليه السلام وحاصل الجواب بقرينة ما أشتمل عليه السؤال من الشرط المذكور فيه أن حكم الورثة في الاجارة المذكورة حكم المرأة من أن لورثتها تلك الاجارة الى الوقت المسمى فيها ، الا أنهم انما يعطون الأجرة بقدر ما مضى من تلك المدة عملاً بالشرط المذكور على المرأة .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٧ ح ٥٨ ، الكافي ج ٥ ص ٢٧٠ ح ٢ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٦٨ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٠٨ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٩ ح ٥٥ .

وبالجملة فالظاهر عندي هو القول المذکور كما عرفت مضافاً الى ما عرفت في أدلة خلافه من القصور ، وقد استثنى الأصحاب من هذا الحكم بناء على القول المذکور مواضع منها ان يشترط الموجر على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، فانها تبطل بموته ، وهو الظاهر عملاً بالشرط المذکور .

ومنها أن يكون الموجر موقوفاً عليه فيؤجر الوقف ثم يموت قبل انقضاء المدة ، فانها تبطل بموته عندهم ، فهو بمنزلة انقضاء المدة ، لأنه انما يملك المنفعة الى حين موته ، الا أن يكون ناظراً على الوقف ، فيوجره لمصلحة العين أو لمصلحة البطون ، فانها لا تبطل حينئذ بموت الناظر ، والصحة هنا ليست من حيث كونه موقوفاً عليه ، بل من حيث كونه ناظراً .

ومنها الموصى اليه بالمنفعة مدة حياته لو آجرها مدة ، ومات في أثناء المدة ، فانها تبطل بموته للعلة المذكورة في سابقه ، وهو انتهاء استحقاقه ، حيث أن ملكه مقصور على مدة حياته ، والله سبحانه العالم .

الرابع : من الكلليات المتفق عليها بينهم أن كلما صح اعارته صح اجارته ، وقيدها بعضهم بما صح اعارته بحسب الأصل لا مطلقاً ، فان المنحة وهي الشاة المعارة للانتفاع بلبنها مما يصح اعارتها مع أنه لا يصح اجارتها ، الا أن هذا الحكم انما ثبت فيها على خلاف الأصل والقاعدة في العارية ، كما تقدم ذكره ، فان مقتضى قاعدة العارية أن الاستفادة ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه ، والمنحة ليست كذلك ، فحكمها مخالف لقاعدة العارية فلا بد من القيد في الكلية المذكورة .

وبعضهم حمل الكلية المذكورة على ما هو الغالب ، فلا يحتاج الى القيد المذکور ، وقال المحقق الأردبيلي في شرح الأرشاد - بعد قول المصنف ويصح اجارة كل ما يصح اعارته - ماصورته : أي كل ما يصح اعارته من الأعيان للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عيناً يصح اجارته أيضاً ، لأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض ، والعارية بدون العوض ، ولا فرق بينهما فكل ما يصح فيه أحدهما يصح

فيه الآخر ، ووجه قيد التي لا تكون عيناً ظاهر ، فانه قد تنقل الاجماع في التذكرة وغيرها على عدم صحة الاعارة عندنا اذا كانت المنفعة المنتقلة مثل لبن شاة ، وتمر بستان ونحوهما ، ولهذا ترك القيد فلا يرد عليه أنه يجوز اعارة الشاة ونحوها ، ولا يجوز اجارتها ، ولا يحتاج الى الجواب بأن المراد غالباً كما قاله المحقق الثاني فتأمل ، انتهى .

أقول : لأعر فلتاذكره في هذا المقام من الكلام وجهاً واضحاً لما تقدم في العارية من الاتفاق على اعارة الشاة للبلبن وهي المنحة ، وان كان الدليل عليها لا يخلو من القصور ، وما نقله عن التذكرة وغيرها من الاجماع على عدم صحة الاعارة عندنا اذا كانت المنفعة المنتقلة عيناً مثل لبن شاة أو ثمرة بستان - لم أقف عليه في التذكرة وانما الذي فيها ما قدمنا نقله في كتاب العارية حيث قال يجوز اعارة الغنم للاتقاع بلبنها وصوفها ، وهي المنحة لاقتضاء الحكمة اباحته ، لان الحاجة تدعو الى ذلك والضرورة تبسح مثل هذه الأعيان الى آخر ما قدمنا نقله عنه ثمة ، وحينئذ فاذا ثبت صحة عارية الغنم خاصة كما هو أحد القولين أو مع غيرها مما ألحق بها كما هو القول الآخر للبلبن خاصة أو غيره من المنافع أيضاً على الخلاف ، فكيف لا يجب التقييد في الكلية المتقدمة بأحد القيدين المتقدمين .

وبالجملة فانه لا يظهر لي وجه لصحة كلامه هنا ، ولعله أراد وجهاً لم يهتد إليه فهمي القاصر ، والا فانه على ظاهره في غاية الغرابة من مثله والله سبحانه العالم .

الخامس : الظاهر أنه لا خلاف في أن العين المستأجرة كالداية ونحوها أمانة في يد المستأجر في ضمن المدة المستأجرة لا يضمنها الا بالتفريط أو التعدي ، والوجه فيه أنها مقبوضة باذن المالك ، فلا يتعقبها ضمان الاعلى أحد الوجهين المذكورين . وانما الخلاف فيما بعد المدة اذا لم يطالب المالك بردها أو طالب ولكن وقع التلف في أثناء الرد بحيث لم يؤخر الدفع بعد الطلب ، والمشهور بين المتأخرين للعدم ، لأنه لا يجب على المستأجر رد العين على الموجد ، ولا مؤنة ذلك ،

وانما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة ، لأصالة برائة ذمته من وجوب الرد ، لأنها أمانة قبل انقضاء المدة ، فيستصحب ولا يجب ردها الا بعد المطالبة ، والواجب بعدها تمكينه منها ، كغيرها من الأمانات .

وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ وابن الجنيد ، قال في المبسوط : اذا استأجر دابة واستوفي حقه أولم يستوف وأمسك البهيمة بعد مضي المدة فهل يصير ضامناً لها ؟ وهل يجب عليه مؤنتها ومؤنة الرد بعد الاستيفاء أم لا ؟ فانه يجب عليه الرد بعد مضي المدة ، ومؤنة الرد اذا أمسكها وقد أمكنه الرد على حسب العادة صار ضامناً ، وانما قلنا ذلك لأن ما بعد المدة غير مأذون له في امساكها ومن أمسك شيئاً بغير اذن صاحبه وأمكنه الرد فلم يرد ضمن ، وفي الناس من قال : لا يصير ضامناً ، ولا يجب عليه الرد ولا مؤنة الرد وأكثر ما يلزمه أن يرفع يده عن البهيمة ، اذا أراد صاحبها أن يسترجمها ، لأنها أمانة في يده ، فلم يجب ردها مثل الوديعة .

وقال ابن إدريس : الذي يقوى في نفسي أنه لا يصير ضامناً ولا يجب عليه الرد الا بعد مطالبة صاحبها بالرد ، لأن هذه أمانة فلا يجب ردها الا بعد المطالبة ، مثل الوديعة ، لأن الأصل برائة الذمة ، فمن شغلها بشيء يحتاج الى دليل ، وما ذكره شيخنا في نصرة مذهبه فبعيد ، ويعارض بالرهن اذا قضى الرهن الدين ، ولم يطالب برد الرهن ، وهلك فلا خلاف أن المرتهن لا يكون ضامناً له ، وإن كان قال : للمرتهن أمسك هذا الرهن الى أن اسلم اليك حقه ، فقد أذن له في امساكه هذه المدة ، ولم يأذن فيما بعدها مطلقاً ، بل بقي على أمانته ، وعلى ما كان أولاً ، وكذلك في مسئلتنا ، انتهى .

وعلى هذا القول جرى أكثر من تأخر عنه منهم الفاضلان في غير المختلف وأما فيه فانه بعد نقل كلام الشيخ وكلام ابن ادريس قال : وفي ذلك عندي تردد . أقول : والأظهر هو القول المشهور تمسكاً بأصالة برائة الذمة حتى يقوم على

خلافها دليل ، مؤيداً ذلك بالنظائر المذكورة في كلامهم .

بقي الكلام فيما لو اشترط عليه الضمان من غير تعد ولا تفريط ، وظاهرهم هنا هو القول بطلان الشرط المذكور ، وتعدد المحقق ثم استظهر المنع ، ومنشأ التردد من عموم مادل على وجوب الوفاء بالشرط ، ومن مخالفة هذا الشرط لمقتضى العقد ، وذلك فانه قد ثبت شرعاً أن المستأجر أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط فلا يصح هذا الشرط .

وعندى فيه نظر ، قد تقدم ذكره في غير موضع ، فان أكثر الشروط الواردة على العقود إنما هي بمنزلة الاستثناء مما دل عليه أصل العقد ، بمعنى أنه لو لا ذكرها لكان مقتضى العقد دخولها كما أن مقتضى البيع اللزوم ، مع أنه يدخله شرط الفسخ بلا خلاف ولا إشكال .

والى ما ذكرناه من صحة الشرط المذكور مال في الكفاية ، وعلله بما يقرب مما ذكرناه ، قال : ويمكن أن يقال : أدلة صحة العقود والشروط يقتضى صحة هذا العقد والشرط ، و كونه مخالفاً لما ثبت شرعاً ممنوع ، لأن الثابت عدم الضمان عند عدم الشرط ، لا مطلقاً .

وقد روى موسى بن بكر (١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً واشترط عليه ان نقص الطعام فعليه ، قال : جائز ، قلت : له أنه ربما زاد الطعام ؟ قال : فقال : يدعي الملاح أنه زاد فيه شيئاً ؟ قلت : لا ، قال : هو لصاحب الطعام الزيادة ، وعليه النقصان إذا كان قد شرط عليه ذلك ، انتهى وهو جيد .

ثم انه على تقدير بطلان الشرط ، هل يبطل العقد بطلانه ، أم الشرط ، خاصة ؟ قولان : قد تقدم ذكرهما في غير موضع ، والمشهور الأول ، وقد تقدم

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ ح ٤ ، التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٣

تحقيق القول في ذلك مقدمات كتاب الطهارة (١) ثم إنه علي تقدير القول الثاني فالثابت عدم الضمان ، وهو الظاهر ، وعلي تقدير الأول فالظاهر أنه كذلك أيضاً لأصالة عدم ، ولما تقرر في كلامهم « من أن كل ما لا يضمن بصحيحه ، لا يضمن بفاسده » ، ويأتي علي ما قدمناه من صحة العقد والشرط المذكورين الضمان ، وهو ظاهر .

قالوا : ويجوز إجارة المشترك بينه وبين غيره ، لعموم الأدلة ولعدم ثبوت ما نعية الشركة ، لا مكان تسليمه واستيفاء المنفعة بموافقة الشريك ، ولو امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ، ويكون كما لو تنازع الشريكان ، والحكم اتفاقي عندهم ، كما نقله في المسالك ، ولم ينقل الخلاف فيه إلا عن بعض العامة ، حيث منع الاجارة لغير الشريك والله سبحانه العالم .

السادس : المشهور بين الأصحاب بل لا يظهر فيه مخالف صحة خيار الشرط في الاجارة ، لعموم أدلة الاجارة ، وعموم أدلة صحة الشروط الأما استثنى ، وليس هذا منه ، وعدم ظهور مانع ، ولا فرق بين شرطه لهما معاً ، أو لأحدهما ، أو لأجنبي كما تقدم في البيع ، ولا فرق بين أن تكون الاجارة لعين معينة كهذه العين ، أو يكون موردها الذمة كان يستأجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط .

وقد اتفقوا أيضاً على أنه لا يدخلها خيار المجلس ، لأنه مختص عندنا بالبيع ، فلا يثبت فيها مع الاطلاق ، أما لو شرط فالمشهور عدم صحته ، لأنه شرط مجهول ، لأن المجلس يختلف بالزيادة والنقصان ، وعدم قدحه في البيع من حيث أنه ثابت فيه بالنص .

وعن المبسوط صحة الشرط المذكور (٢) « لعموم المؤمنون عند شروطهم » ورد بما عرفت من أنه شرط مجهول ، فيجهل ، به العقد ، وثبوته في البيع مستثنى بما ذكرناه ، والله سبحانه العالم .

(١) ج ١ ص ١٦٤ .

(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

المطلب الثاني في الشروط

وهي ستة : الاول : كمال المتعاقدين فلا ينقذ بالصبي والمجنون ، وفي الصبي المميز بإذن الولي وجهان ، بل قولان : وقد تقدم تحقيق ، الكلام في المقام في البيع (١) بما لا مزيد عليه .

الثاني : معلومية الاجرة لاختلاف ولا اشكال في اشتراط كون الاجرة معلومة في الجملة ، لكن هل يكفي في المكيل والموزون الاكتفاء بمعلومتها بالمشاهدة ، لاتفاء معظم الفرر بذلك ، وأصالة الصحة أم لا بد من الكيل والوزن في كل منهما ؟ قولان : المشهور الثاني ، ونقل الأول عن جماعة منهم الشيخ والمرضى ، واستحسنه في الشرايع ، واستشكل في الارشاد في ذلك .

قال في المبسوط : مال الاجارة يصح أن يكون معلوماً بالمشاهدة ، وان لم يعلم قدره ، لأصالة الصحة ، ولأن الفرر منفي لحصول العلم بالمشاهدة . ومنع ابن ادريس من ذلك ، وأجيب عنه بأن الاجارة معاملة لازمة مبنية على المغالبة والمماكسة ، فلا بد فيها من نفي الفرر عن العوضين ، وقد ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون في البيع ، وعدم الاكتفاء بالمشاهدة ، فكذا في الاجارة ، لاتحاد طريق المسئلتين ، ولنهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) (٢) عن الفرر مطلقا ، وهو شامل لموضع النزاع ومثله المحدود ، وكذا أجاب به في المسالك ، ونحوه كلام العلامة في المختلف .

وظاهر المحقق الأردبيلي هنا الميل إلى القول الأول ، حيث قال بعد نقل الخلاف في المسئلة : والأصل وعموم أدلة الاجارة وعدم دليل صالح للاشتراط دليل الأول ، إذ ليس الا الفرر المنفي في البيع على ما نقل عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) فلو صح كان دليلا في البيع فقط ، الا أن يعلم أن السبب هو الفرر فقط من حيث

(١) ج ١٨ ص ٣٦٧ .

(٢) الدعائم ج ٢ ص ١٩ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٣٠ ح ٣ .

هو ، وأنه الموجب للفساد ، وأنه موجود فيما نحن فيه فكان دليلاً للثاني أيضاً ولكن أنى باثبات ذلك كله ، فإن المراد بالفرر المنفي غير واضح ، وكذا عليته فقط ، ووجوده فيما نحن فيه ، اذ نعلم اتقاعه في مشاهدة غير المكيل والموزون بالاتفاق ، والظاهر أنه يكفي العلم بالمشاهدة في المكيل والموزون ، وفي المحدود والمزروع بالطريق الأدلى ، ويؤيده بطلان القياس ، وكون الاجارة غير بيع عندنا . وقال في الشرح قلت : الحديث ورد في البيع ، والاجارة محمولة عليه عند بعض العامة ، لأنها بيع ، وأما عندنا فلا يأتي الا من طريق اتحاد المسئلتين إلى آخره ، وقد عرفت عدم امكان اثبات الاتحاد بحيث لا يكون قياساً باطلاً ، انتهى كلامه وهو جيد .

أقول : وقد تقدم في كتاب البيع الكلام في هذه المسئلة (١) والنقل عن جملة من الأصحاب جواز البيع مع المشاهدة في الصورة المذكورة ، وأنه هو الظاهر من أكثر الأخبار ، وإذا ثبت ذلك في البيع بطل ما اعتمدوه من حمل الاجارة عليه ، وما استندوا اليه من الخبر عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) في النهي عن بيع الفرر لم يثبت من طرقنا ، وإن كثر تناقله في كلامهم وعلى تقدير ثبوته فحمل الاجارة على البيع في ذلك لا يخرج عن القياس ، كما ذكره المحقق المذكور .

وما ذكره في المسالك من نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) من الفرر مطلقاً ، (٢) وهو شامل لموضع النزاع مردود ، بعدم ثبوت ما ادعاه ، والمنقول من كلام غيره إنما هو دعوى ورود الخبر في البيع لا مطلقاً ، مع عدم ثبوته من طرقنا كما عرفت ، وبذلك يظهر لك قوة القول الأول وإن كان الأحوط هو المشهور والله سبحانه العالم .

الثالث : أن تكون المنفعة مملوكة ، اما تبعاً لملك العين بأن يكون مالكا

(١) ج ١٨ ص ٤٨١ .

(٢) الوسائل ج ١٢ ص ٣٣٠ ح ٣ .

للأصل ، فقبعة المنفعة وهو ظاهر ، أو منفردة بأن يكون قد استأجره ومملك منفعته بالاستيجار من غير أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، أو عدم الاجارة لغيره ، فلو شرط عليه أحد الأمرين لم يجز عملاً بالشرط ، والظاهر أن المراد بالملكية هنا هو صحة التصرف والسلطنة على المنفعة بوجه شرعي ، لتدخل فيه ما إذا كان وقفاً بناء على القول بعدم ملك الموقوف عليه .

أقول : وقد تقدم الكلام في أن للمستأجر أن يوجر غيره في المسئلة الرابعة من مسائل المطلب الثالث (١) وكذا في كتاب المزارعة ، فإنه هو الموضوع الذي بسطنا فيه الأخبار ، وتفقنا المسئلة فيه كما هو حقها ، واختلفوا فيما لو آجر غير المالك شيئاً مما يصح للمالك ايجاره فضولاً هل يقع باطلاً أو يقف على الاجازة ؟ قولان .

قال في المسالك : ولا خصوصية لهما بالاجارة ، بل الخلاف وارد في جميع عقود الفضولي ، ولكن قد يختص الاجارة عن البيع بقوة جانب البطلان ، من حيث أنه قضية عردة البارقي (٢) مع النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) في شراء الشاة دلت على جواز بيع الفضولي وشرائه ، وقد يقال : باختصاص الجواز بمورد النص ، والأقوى توقفه على الاجازة مطلقاً ، انتهى .

أقول : قد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسئلة في البيع بما لا مزيد عليه (٣) ومن العجب العجيب أنهم يردون الأخبار المروية في أصولهم المشهورة المعول عليها بين متقدميهم بلا خلاف ، من جهة ضعف السند بهذا الاصطلاح الجديد ، ويتلقون هذا الخبر العامي بالقبول ، ويفرعون عليه ما لا يخفى من الفروع ، وأعجب من ذلك أن مورد خبرهم إنما هو البيع ، وهم يعددون ذلك إلى جميع المعاوضات كما سمعت من كلامه هنا ، ونحوه غيره ، فأسأل الله عز وجل المسامحة

(١) ص ٥٦٣ .

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٦٢ . ب ١٨ ج ١ .

(٣) ج ١٨ ص ٣٧٦ .

لناولهم فيما زالت فيه الأقدام .

الرابع : أن يكون المنفعة معلومة بين المتعاقدين ، ليزول الغرر ، اما بتقدير العمل كخياطة هذا الثوب ، وركوب الدابة إلى الموضع الفلاني ، أو بتقدير المدة كخياطة شهر ، وركوب شهر ، وسكنى الدار سنة ونحو ذلك .

ولو قدره بالمدة والعمل معاً ، قيل : يبطل وقيل : يصح ، وتفصيل هذه الجملة يقع في مقامين : الأول : ينبغي أن يعلم أن التخيير هنا بين التقدير بكل من هذين الأمرين ليس كلياً ، وإنما المراد أن كل منفعة يمكن تقديرها بهما معاً فإنه يتخير بين تقديرها بأحدهما ، وذلك كاستيجار الأدمى والدابة ، فإنه يمكن ضبطه بالعمل والمدة كالمثاليين المتقدمين من خياطة هذا الثوب ، وركوب الدابة إلى الموضع الفلاني ، ويمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر وركوب شهر ، فبأيهما ضبطهما كان صحيحاً ، وما لا يمكن ضبطه وتقديره إلا بالزمان كالعقارات مثل سكنى الدار والأرضاع ، فإنه لا بد من تقديره بالزمان وضبطه به ، والضابط هو العلم بالمنفعة على أحد الوجهين المذكورين .

وعن التحرير أنه جعل الضابط بالنسبة إلى ما يجوز بهما معا ما كان له عمل بالعمل كالحيوان ، وما يختص بالزمان ما ليس له عمل كالدار والأرض ، وأورد عليه بأنه ينتقض الأول باستيجار الأدمى للأرضاع ، فإنه عمل ولا ينضبط إلا بالزمان .

الثاني : فيما لو قدر بهما معاً بأن جمع بين تعيين العمل وضبط المدة بحيث يتطابق بتمام العمل والمدة ، ولا يزيد أحدهما على الآخر مثل أن يخطط هذا الثوب في هذا اليوم ، فإنه قيل : بالبطلان ، لأنه غرور ، ولأن استيفاء العمل في تلك المدة قد لا يتفق ، وإن اتفق فهو نادر ، فكانه استأجره على ما لا يقدر عليه عادة ، فإنه يمكن انتهاء العمل قبل انتهاء الزمان ، وبالعكس فإن أمر بالعمل على تقدير الأول إلى أن ينتهى المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد بالنسبة إلى شرط

العمل لانتهائه ، كما هو المفروض ، وإن لم يأمر بالعمل لزم ترك العمل في المدة المشروطة بالنظر إلى التحديد بالزمان ، وعلى تقدير الثاني وهو العكس ان امر بالاكمال مع انتهاء الزمان كما هو المفروض لزم العمل في غير المدة المشروطة ، و ان لم يأمر كان تاركاً للعمل الذي وقع عليه العقد .

وقيل : بالصحة ونقله في المسالك عن المختلف ، ولم أقف عليه في كتاب الاجارة بعد التتبع له و كونه في غير الكتاب المذكور بعيد ، قال : واختار في المختلف الصحة محتجاً بأن الغرض إنما يتعلق في ذلك غالباً بفراغ العمل ، ولا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان ، والفراغ أمر ممكن لا غرر فيه ، فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجرة ، لحصول الغرض ، فإن خرجت المدة قبله فلمستأجر فسخه ، فإن فسح قبل عمل شيء فلا شيء ، أو بعد شيء فأجره مثل ما عمل ، وان اختار الامضاء لزم الاكمال خارج المدة ، وليس له الفسخ .

ثم قال في المسالك : والحق أن ما ذكره إنما يتم لو لم يقصد المطابقة ، وهو خلاف موضع النزاع ، فلو قصداها بطل ، كما قالوه ، ومع ذلك يشكل لزوم أجرة المثل مع زيادتها على المسمى ، فإن الأجير ربما يجعل التواني في العمل وسيلة إلى الزايد ، فينبغي أن يكون له أقل الأمرين من المسمى ان كان أتم العمل وما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم ، ومن أجرة مثل ذلك العمل ، والأقوى البطلان الامع ارادة الظرفية المطلقة ، وامكان الوقوع فيها انتهى .

وفي الشرايع قد تردد في المسئلة ، وهو في محله ، لخلو المسئلة عن النصوص ، وتصادم ما ذكرهنا من التعليلين بالخصوص ، وان كان كلام العلامة لا يخلو من قرب ، حملاً للمطابقة على المبالغة ، فإن الظاهر أن الغرض الكلي من الاجارة إنما هو تحصيل المنفعة : فيكون دائراً مدار الفراغ من العمل ، والزمان لا دخل له في ذلك الا من حيث الظرفية ، فبوقوعه فيه قبل تمامه تثبت استحقاق الأجرة ، وقبل تمامه يتسلط المستأجر على الفسخ كما ذكره ، هذه

ثمرة اشتراطه في المقام ، وادارة المطابقة حقيقة - لو فرض قصد هما كذلك ، مع كونه لا يترتب عليه أثر ولا ثمرة مهمة - نادر ، والأحكام إنما تبني على الأفراد الغالبة المتكررة ، وكيف كان فالمسئلة في محل من الأشكال والله سبحانه العالم .

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة ، والكلام هنا في موضعين : الاول : الظاهر أنه لاخلاف في تحريم اجارة البيت ليجرز فيه الخمر ، والدكان لبيع فيه الآلة المحرمة ، والأجير ليعمل له مسكرا ، بمعنى أن الاجارة وقعت لهذه الغايات أعم من أن يكون قد وقع شرطها في متن العقد أو حصل الاتفاق عليها .

ويدل عليه رواية جابر (١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤجر بيته فيباع فيه الخمر ، قال : حرام أجرته ، .

إنما الخلاف هنا في موضعين أحد هما أنه هل تكون الاجارة باطلة ، وكذلك البيع ، أو أنه يصح ذلك وإن أثم ، فالمشهور الأول وقيل : بالثاني ، ولعل وجهه أن النهي إنما يفيد البطلان في العبادات ، لاني المعاملات ، وفيه أن مقتضى ما قدمنا تحقيقه في هذه المسئلة من التفصيل بأنه ان كان النهي راجعاً إلى شيء من العوضين بمعنى عدم صلاحيته للموضية ، فإن النهي يدل على البطلان ، وان كان راجعاً إلى أمر خارج كالبيع وقت النداء يوم الجمعة ، فإن غاية النهي الأثم خاصة من غير أن يبطل العقد ، وما نحن فيه إنما هو من قبيل الأول بمعنى عدم صلاحية المبيع للانتفاع والانتقال ، كما في بيع الغرر ونحوه ، وبه يظهر قوة قول المشهور . وثانيهما أنه لم يقع الاجارة لهذه الغايات ولكن يعلم أن المستأجر والمشتري يعمل ذلك ، وذهب جمع منهم الشهيد في المسالك وتبعه المحقق الأردبيلي إلى أن حكمه كالأول في التحريم والبطلان ، لأنه معاونة على الأثم ، للنهي عنه في الآية الشريفة (٢) ، والخبر المتقدم وذهب جمع إلى الجواز ، ويدل عليه جملة من الأخبار

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٧ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ١٣٦ ح ٦٤ وفيه عن صابر

الوسائل ج ١٢ ص ١٣٥ ح ١ .

(٢) سورة المائدة - الآية ٢ .

التي قدمت في المقدمة الثالثة من مقدمات كتاب التجارة (١) وقد استوفينا تحقيق الكلام فيه ثمة فليرجع اليه من أحب الوقوف عليه .

الثاني : اختلف الأصحاب في جواز اجارة الحائط المزوق للتنزه فجوزه ابن ادريس ، ومنعه الشيخ ، وتردد في الشرايع ، قال في الخلاف والمبسوط : لا يجوز اجارة حائط مزوق أو محكم للنظر اليه والتفرج فيه والتعلم منه ، لأنه عبث ، والنفع منه قبيح ، وإذا لم يجز النفع فاجارته قبيحة .

وقال ابن ادريس : يجوز ذلك إذا كان فيه غرض وهو التعلم من البناء المحكم ، كما يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه ، لأن فيه غرضاً صحيحاً ولأنه لا مانع منه .

قال في المختلف - بعد نقل القولين وقول الشيخ - : جيد لأنها منفعة ليس للمالك منع المنتفع بها ، فلا يصح اجارتها كالاستغلال بالحائط ، وفرق بين المزوق ، والكتاب ، لأن في الكتاب يتصرف المستأجر بالتسليم والتقليب بخلاف صورة النزاع ، ولوفرض عدمها لم تقع الاجارة ، كالحائط .

أقول : لا يخفى أن الظاهر من كلام الشيخ أن العلة في المنع إنما هي من حيث عدم اباحة هذه المنفعة ، كما هو عنوان أصل هذه المسئلة فكانه جعل التنزه هنا من قبيل اللهو ، كما يشير اليه قوله « ولأنه عبث ، والنفع منه قبيح ، وإذا لم يجز النفع فاجارته قبيحة » ، لأن العلة في عدم جواز الاجارة ما ادعاه العلامة ، وعلل به قول الشيخ من أنه يمكن استيفاء هذه المنفعة بدون إذن المالك ، كالاستغلال بحائط الغير ، وليس للمالك المنع من ذلك ، فلا تصح اجارته ، لأنه غير مملوك للمالك .

وأنت خير بأنه أين هذا من عبارة الشيخ المتقدمة ، والعجب من المسالك حيث تبع العلامة في ذلك فقال بعد نقل قول ابن ادريس بالجواز : ومنعه الشيخ وجماعة ، لأن ذلك يمكن استيفائه بدون إذن المالك ، كما يجوز الاستغلال بحايطة بدونه انتهى .

وبالجملة فان الظاهر من كلامي الشيخ وابن ادريس يرجع إلى الاختلاف في كون المنفعة هنا مباحة أو غير مباحة ، وابن ادريس يدعى الأول ، والشيخ الثاني ، نعم هذا الاختلاف إنما يتفرع على ما إذا كان التزويق داخل البيت ، كما هو الغالب لافي جدرانه الخارجة في الطرق التي تراها جميع الناس ، فينبغي تقييد محل النزاع بذلك ، بناء على الغالب المتعارف ، وتقييد اطلاق كلامهم بذلك ، وكيف كان فالظاهر بناء على ما قلناه ترجيح كلام ابن ادريس فان ما ذكره غرض صحيح لأرباب تلك الصناعة ، والله سبحانه العالم .

السادس : أن يكون مقدوراً على تسليمها ، والكلام هنا يقع في مواضع :
 الأول : لأرباب أن من شرط صحة الاجارة عندهم قدرة المور على تسليم العين المستأجرة الى المستأجر ، ولأرباب أيضاً في اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة الانتفاع في الجملة ، ليتمكن الانتفاع المطلوب إذ استيجار الغير المقدورة التي لا يمكن الانتفاع بالمطلوب منها سفه محض وغرر ، ويدل عليه العقل والنقل ، فلو استأجر الآخرس للتعليم أو الأعمى لحفظ متاع بالبصر بطل ، لما ذكرنا .
 والظاهر كما تقدم ذكره في كتاب البيع عدم اشتراط كون تسليم المنفعة مقدوراً للمور ، بل يكفي إمكان التسلم ، فلو كان المستأجر قادراً على استيفاء المنفعة بأخذ العين من القاصب بنفسه . أو معاون أو قادراً على تحصيل الآبق ، فالظاهر جواز الاستيجار ، ونحوه أيضاً استيجار القاصب للمفصوب الذي في يده ، لحصول التسلم ، والظاهر أنه يخرج عن الضمان والغاصبية بمجرد العقد ، وأن الأظهر في الجميع صحة الاجارة ، لعموم الأدلة والأصل عدم ثبوت مانع ، ثم انه فيما عدا صورة الغصب ان بذل الجهد في تسليمه ولم يمكن التسليم بطل الاجارة ، لأن لزوم الاجرة موقوف على إمكان التسليم والتسلم ، الا أن يقصر المستأجر مع القدرة ، فيلزم العقد

بقي الكلام في اجارة الآبق مع الضميمة ، وقد تردد في ذلك جملة من

الأصحاب ، منهم الشرايع والتحرير والتذكرة ، وأطلق المنع في الارشاد وقيده في القواعد بعدم الضميمة ، ومفهومه جوازها مع الضميمة ، وهو اختيار الشهيد قيل : وجه التردد في ذلك من حيث عدم القدرة على تسليم المنفعة ، ومن جواز بيعه من الضميمة للنص الدال على ذلك ، فكذا اجارته بطريق أولى ، لاحتمالها من الغرر ما لا يتحمله البيع ، ومن ذلك يعلم وجه المنع ، كما اختاره في المسالك والروضة ووجه الجواز كما اختاره الشهيد ، قال في اللمعة : فلا يصح اجارة الآبق وان ضم اليه أمكن الجواز ، قال الشارح : كما يجوز البيع لا بالقياس بل لدخولها في الحكم بطريق أولى ، لاحتمالها من الغرر ما لا يتحمله ، وبهذا الامكان أفتى المصنف في بعض فوائده ، ووجه المنع فقد النص المجوز هنا ، فيقتصر هنا على مورد ، وهو البيع ومنع الأولوية ، انتهى .

أقول : والظاهر هو ما اختاره شيخنا المذكور من المنع لما ذكره ، فانه وجيه ، ومع تسليم الأولوية فانه لا يخرج عن القياس المنهي عنه في الأخبار ، كما قدمنا تحقيقه في مقدمات الكتاب في كتاب الطهارة (١) .

ثم إنه على تقدير الجواز مع الضميمة فانهم قد صرحوا بأنه يشترط كونها متمولة يمكن افرادها بالمعاوضة ، قالوا : وفي اعتبار افرادها بجنس ما يضم اليه ففي البيع تفرد بالبيع ، وفي الاجارة تفرد بالاجارة ، أو يكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما ، وجهان : من حصول المعنى ، ومن أن الظاهر ضميمة كل شيء الى جنسه ، وقوى الشهيد الثاني .

الثاني : لو منعه المؤجر ولم يسلمه العين المستأجرة سقطت الأجرة ، وليس للمؤجر المطالبة بها ، والحال ذلك ، والظاهر على هذا بطلان العقد وانفساخه بنفسه ، ويكون كتلف العين ، والمبيع قبل التسليم ، وهو مختار التذكرة الا أنه قيده بمنع المؤجر المستأجر من العين قبل أن يستوفي المنافع ، وقرب ثبوت الخيار

لو استوفاهما وقيل : انه لا يفسخ الا بالفسخ ، فيتخير بين الفسخ لتعذر حصول العين المستأجرة ، فاذا فسخ سقط المسمى ان لم يكن دفعه ، والا استرجعه وبين الالتزام بالعقد ، ومطالبة الموجر بعوض المنفعة ، وهو أجره مثلها ، لأن المنفعة مملوكة له ، وقد منعه الموجر منها وهي مصمونة بالأعيان ، وحينئذ يرجع بالتفاوت ، وهو زيادة أجره المثل عن المسمى ان كان ، لأن الموجر يستحق المسمى في العقد ، والمستأجر أجره المثل ، ويرجع عليه بالزيادة عما يستحقه ان كان هناك زيادة ، وهذا القول اختيار الشرايع ، والمالك ، والقواعد .

الثالث : لومنع المستأجر ظالم غير الموجر عن الأتفاع بالعين المستأجرة ، فلا يخلو اما ان يكون قبل قبضها من الموجر أو بعده ، فههنا مقامان : الاول أن يمنع قبل القبض ، والظاهر من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أن المستأجر يتخير بين الفسخ فيرجع كل ملك الى ما لكه ، ويرجع المستأجر بالأجرة على الموجر ان كان قد دفعها له ، والا فلا ، ويرجع المالك على الغاصب بأجرة المثل كلاً أو بعضاً من حيث الغصب ، ومنع تحصيل المنفعة من العين ، وبين التزام العقد والرضاء به فيرجع على الغاصب بالعين المنتفع بها ، وبأجرة المثل في مدة المنع ، لأنه المباشر للاتلاف بظلماً وعدواناً .

قيل : ولا يسقط هذا التخيير بعود العين الى المستأجر في اثناء المدة ، بل له الفسخ في الجميع ، وأخذ المسمى لفوات المجموع من حيث هو مجموع ، ولأصالة بقاء الخيار السابق ، وله الامضاء واستيفاء باقى المنفعة ، ومطالبة الغاصب بأجرة مثل ما فات في يده من المنافع ، وليس له الفسخ في الماضي خاصة ، والرجوع بقسطه من المسمى على الموجر ، واستيفاء الباقي من المنفعة ، لاقتضائه بتعويض الصفقة على الموجر ، وهو خلاف مقتضى العقد ، بل اما أن يفسخ في الجميع ، أو بمضيه ، مع احتماله ، لأن فوات المنفعة في هذه الحال يقتضى الرجوع الى المسمى وقد حصل في البعض خاصة ، فاستحق الفسخ فيه ، انتهى .

أقول : هذا الاحتمال لا يخلو عن قرب ، لأن مبني المنع في الكلام الاول على لزوم تبعية الصفقة على الموجر ، وهو غير جائز عندهم في جميع العقود ، وفيه ما تقدمت اليه الاشارة في غير موضع مما تقدم أنه وان اشتهر ذلك بينهم - حتى صار قاعدة كلية بنوا عليها في جملة من الأحكام - الا أنا لم نقف على دليل من الأخبار ، لاني باب البيع ولا غيره ولعل ذلك من جملة ما اتفقوا فيه العامة ، وان اتفقوا عليه وكم من مثله في قواعدهم الاصولية ، كما لا يخفى على المتتبع .

الثاني أن يمنعه بعد القبض ، والظاهر أنه لا خلاف في صحة العقد ، وعدم فسخه ، لأن وجه التخيير في الأول ، وجواز الفسخ انما كان من حيث أن العين قبل القبض مضمونة على الموجر ، فللمستأجر الفسخ عند تعذرهما ، والعلة هنا منتفية ، لأنه قد قبضها ولزمت الاجارة باجتماع شروطها ، وانما عرض بعد ذلك حيولة الغاصب له بمنعه عن التصرف ، وعلى هذا فيرجع المستأجر على الغاصب بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده لا غير ، ويرجع الموجر على المستأجر بالمسمى لو لم يقبضه سابقاً والعين مضمونة في يد الغاصب لصاحبها ، قالوا : ولو كان الغاصب هو الموجر فلا فرق .

الرابع : قالوا : اذا انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الاجارة الا أن يعيده صاحبه ، ويمكنه منه ، وتردد في الشرائع في ذلك .

أقول : ظاهر هذا الكلام أن العقد لا يفسخ بنفسه . ولو أدى الانهدام الي عدم الانتفاع بالمسكن بالكلية ، وبه صرح المحقق الأردبيلي أيضاً فقال بعد ذكر عبارة المصنف المشتملة على مثل هذا الاجمال أيضاً ما لفظه : أي لو انهدم المسكن المستأجر بحيث لا يمكن الانتفاع به أو انقضت وقته نقصاناً لو كان قبل العقد لم يرغب في الاجارة عرفاً بالاجرة المقررة لم يفسخ . بل للمستأجر فسخ العقد ، والرجوع الى المالك بعد الفسخ بمقدار حصة الباقي من أجرة المدة ، الا أن يعيد المالك المسكن الى أصله الى آخره . وصريح كلام شيخنا في المسالك تقييد هذا الاطلاق بما لو لم يؤد الانهدام الى فوات الانتفاع بالكلية ، أو أنه يمكن زوال المانع

والا انفسخ العقد بنفسه ، قال بعد ذكر المصنف الحكم كما نقلناه عنهم : ومقتضى جواز الفسخ أن العقد لا ينفسخ بنفسه ، فلا بد من تقييده بإمكان ازالة المانع ، أو بقاء أصل الانتفاع فلو انتفيا معاً افسخت الاجارة ، لتعذر المستأجر عليه اتمته .

الا أن يحمل اطلاق كلام المحقق المتقدم ذكره على امكان ازالة المانع فلا تنافي حينئذ ، وله البقاء على العقد وعدم الفسخ لو لم ينفسخ العقد بنفسه ، وتلزمه الاجرة ووجه الفسخ - على تقدير خروج السكنى عن الانتفاع المراد منه عرفاً ظاهر ، الا أن يكون سبب ذلك من المستأجر ، وحصول الضرر من جهته ، لأن الأجرة انما بذلت واستحققت في مقابلة الانتفاع ، فاذا فات في الزمان المقرر فلا أجرة الا أن يكون ذلك من المستأجر كما عرفت ، والمراد باعادته المستثناة من الخيار يعنى الاعادة بسرعة على وجه لا يفوت به شيء من المنافع ، ووجه التردد هنا على تقدير اعادته سريعاً من زوال المانع باعادته سريعاً مع عدم ذهاب شيء من المنافع ، ومن ثبوت الخيار بالانهدام ، فيستصحب حيث لم يدل دليل على سقوطه بالا عادة ، وهو ظاهر اختياره في المسالك ، أقول : لم أقف في هذا المقام على نص والله سبحانه العالم .

المطلب الثالث في الاحكام

وفيه مسائل : الاولى : قد صرحوا بأن الأجير الخاص وهو الذي يستأجر مدة معينة للعمل بنفسه أو يستأجر عملاً معيناً مع تعيين أول زمانه ، بحيث لا يتوانى في فعله ، حتى يفرغ منه لا يجوز له العمل لغير من استأجره الا باذنه ، والاجير المشترك وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة - مع تعيين المدة - ، أو عن المدة مع تعيين المباشرة ، - أو مجرداً عنهما يجوز له ذلك .

أقول : والأولى في التعبير عن الأول بالمقيد ، عوض الخاص ، وعن الثاني بالمطلق عوض المشترك ، كما لا يخفى .

وكيف كان فتفصيل هذا الاجمال يقع في مقامين : الاول : في الأجير الخاص وقد عرفت تفسيره ، والوجه في عدم جواز عمله - لغير من استأجره - إلا بالاذن - أنه متى وقعت الاجارة على أحد الوجهين المذكورين ، فإن منفعة المطلوبة قد صارت ملكاً للمستأجر ، فلا يجوز له صرف عمله الذي استأجر عليه ، ولا صرف زمانه المستأجر فيه في عمل ينافي ما استوجر عليه ، وأما لو لم يناف ما استوجر عليه كالتعليم والتعلم والعقد نحو ذلك حال الاشتغال بالخياطة المستأجر عليها مثلاً : فالأقرب الجواز ، كما اختاره بعض محققي متأخري المتأخرين .

قال في المسالك : وهل يجوز عمله في الوقت المعين عملاً لا ينافي حق المستأجر كإيقاع عقد ونحوه في حال اشتغاله ، أو ترده في الطريق بحيث لا ينافيه وجهان : من شهادة الحال بالاذن في مثل ذلك ، والنهي عن التصرف في ملك الغير بغير اذنه . أقول : لا يخفى أنه وإن كان لا خلاف ولا اشكال في النهي عن التصرف في ملك الغير إلا باذنه ، إلا أن اجراء ذلك فيما نحن فيه ممنوع ، لأن مقتضى الاجارة اشتغال الذمة بأداء العمل المستأجر عليه ، والحال أنه لا خلاف ولا اشكال في براءة الذمة بادائه على هذا الوجه ، حيث أن المفروض عدم المنافاة ، وإذا ثبت براءة الذمة من العمل المذكور ، فلا يضر هذا التصرف بوجه من الوجوه ، واللازم مما ذكره - لو تم - المنع من كلامه مع الغير مطلقاً ، وكذا نظره لغيره ، وبطلانه أوضح من أن يخفى والظاهر أن له في الصورة المذكورة العمل فيما لم تجر العادة بوجوب العمل فيه للمستأجر كالليل ، لكن يشترط أن لا يؤدي الى ضعف العمل نهائياً ، وكما أنه لا يجوز له العمل بما ينافي العمل للمستأجر عليه ، كذلك لا يجوز للغير استعماله في المنافي .

والذي حضرني من الأخبار في المقام مارواه في الكافي في الموثق عن اسحاق بن عمار (١) قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجرة معلومة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٣

فبيعته في ضيعة فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتريها كذا وكذا وماربحت بيني وبينك ، فقال اذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس ، .

وهي دالة بالمفهوم على ثبوت البأس مع عدم الاذن ، والظاهر أن المراد به التحريم ، ويحمل الخبر على الأجير الخاص كما هو ظاهر الكلام ، وبه لم يتدل في المفاتيح على الحكم المذكور .

الثاني : في الأجير المشترك وقد عرفت تعريفه ورجوعه إلى ثلاثة أقسام : الاول : الاستيجار على عمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة ، كأن يستأجره على تحصيل الخياطة بنفسه أو غيره يوماً .

الثاني : أن يستأجره على عمل مجرد عن المدة مع تعيين المباشرة ، كأن يستأجره ليخيط له ثوباً بنفسه ، من غير أن يقيده بمدة .

والثالث : أن يكون مجرداً عنهما كان يستأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره من غير تقييد بزمان ، وهذا يجوز له العمل لغير من استأجره ، لأن مقتضى الاستيجار هنا بجميع أقسامه الثلاثة أنه يجب عليه أن يعمل ذلك العمل بنفسه أو غيره أي زمان أراد ، ولم يملك المستأجر عمله ومنفعته على وجه لا يجوز له العمل لغيره ، كما في الأول ، بل له عليه ذلك العمل مطلقاً ، الا أن يكون ثمة قرينة تدل على كونه في زمان خاص كاللحج ، فإنه يصير من قبيل الأجير الخاص ، أو قلنا بوجوب العمل بعد الفراغ من العقد ، كما نقل عن شيخنا الشهيد ، فإنه نقل عنه في بعض تحقیقاته أن الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل والمبادرة إلى الفعل ، وعلى هذا يقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة اعتبار المباشرة ، وفرغ عليه منع صحة اجارة الثانية في الصورة المذكورة .

والظاهر ضعف القول المذكور ، ولعدم وضوح الدليل عليه لامن الأخبار ولامن الاعتبار قال في المسالك : ونعم ما قال : واعلم أن الشهيد حكم في بعض تحقیقاته بأن الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل ، وأنه يجب المبادرة الى

ذلك الفعل ، فإن كان مجرداً عن المدة خاصة فبنفسه ، والا تخير بينه وبين غيره ، فيقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة ، وفرع عليه منع صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع المباشرة ، كما منع في الأجير الخاص ، وما تقدم في الاجارة للحج مؤيد لذلك ، فإنهم حكموا بعدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الإيقاع نصاً أو حكماً كما لو أطلق فيهما أو عين في أحدهما بالسنة الأدلى ، وأطلق في الأخرى ، ولا ريب أن ما ذكره أحوط ، وإن كان وجهه غير ظاهر ، لعدم دليل يدل على الفورية ، وعموم الأمر بالإبقاء بالعقود ونحوه لا يدل بمطلقه على الفور عندهم ، وعند غيرهم من المحققين ، سلمنا لكن الأمر بالشيء إنما يقتضى النهي عن ضده العام ، وهو الأمر الكلي لا الأفراد الخاصة ، سلمنا لكن النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد عندهم ، والأسناد إلى ما ذكر من الحج ليس بحجة بمجرد ، ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة أجير الصلاة إلى القضاء بحسب الامكان وعدم جواز اجارة نفسه ثانياً قبل الانتماء ، وأما تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصة وأيام معينة فهو من الهذيان الباردة والتحكمات الفاسدة ، انتهى وهو جيد وجيه كما لا يخفى والله سبحانه العالم .

الثانية : لا خلاف ولا اشكال في أنه تملك الاجرة بنفس العقد ، لاقتضاء صحة المعاوضة نقل الملك في كل من العوضين من أحدهما إلى الآخر ، كما في البيع وسائر عقود المعاوضات اللازمة ، والاجارة منها ، لكن لا يجب تسليم الاجرة إلا بتسليم العين المستأجرة ان كانت الاجارة على عين ، أو تمام العمل ان كانت الاجارة على عمل ، ولا يجوز تأخيرها مع الطلب ، والحال كذلك ، ومما يدل عليه بالنسبة إلى تمام العمل ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن هشام بن الحكم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في الجمال والأجير قال : لا يجب عرقه حتى تعطيه أجرته . وعن شعيب (٢) قال تكرارنا لأبي عبد الله عليه السلام قوماً يعملون في بستان له ،

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢ و ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١ و ١٢

الوسائل ح ١٣ ص ٢٤٦ ح ١ و ٢ .

وكان أجلهم الى العصر فلما فرغوا قال لمعتب : أعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم .

والظاهر أن ذكر جفاف العرق كناية عن السرعة في الأعطاء وبالجمله فإن الأجرة تتعلق بذمة المستأجر بمجرد العقد ، ولكن لا يجب التسليم الا بعد أحد الأمرين المذكورين ، وأما قولهم يجب تسليم الاجارة مع الاطلاق ، فالظاهر أن المراد به أول وقت وجوب الدفع ، الذي هو عبارة عن تسليم العين ، أو الفراغ من العمل .

قال في المسالك - بعد قول المصنف ويجب تعجيلها مع الاطلاق ومع شرط التعجيل ما صورته - : المراد بتعجيلها مع الاطلاق في أول أوقات وجوب دفعها ، وهو تمام العمل ، وتسليم العين الموجرة ، لأن بتسليم أحد العوضين تسلط على المطالبة بالأجرة بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك ، ثم انه على تقدير ما ذكرنا من أنه لا يجب التسليم الا بعد أحد الأمرين المذكورين ، قالوا : لو كان المستأجر وصياً لم يجز له التسليم قبل ذلك الامع الأذن صريحاً أو بشاهد الحال ، ولو فرض توقف العمل على الأجرة كالحج مثلاً وامتنع المستأجر من التسليم والظاهر كما استظهره في المسالك أيضاً جواز الفسخ ، ولو شرط التعجيل في الأجرة لم يزد على ما اقتضاه الاطلاق كما عرفت من أنه يجب التعجيل مع الاطلاق .

نعم يفيد ذلك تأكيداً ويتفرع عليه تسلط الموجه على الفسخ لو شرط ذلك في مدة مضبوطة ، فأخل به ، ونحوه لو شرط القبض قبل العمل ، أو تسليم العين الموجهة ، فإنه يصح عملاً لمعوم أدلة لزوم الشروط في العقود اللازمة ، ويتسلط على الفسخ مع الاطلاق به كما في غيره ، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب البيع ، وتقدم القول بعدم تسلطه على الفسخ ، بل الواجب رفع الأمر الى الحاكم ، وجبره على القيام بالشرط ، فليرجع في تحقيق ذلك من أحب الوقوف على الخلاف في المسئلة الى ما قدمناه ثمة (١) .

ولو شرط التأجيل في الأجرة صح أيضاً بشرط ضبط المدة وكذا لو شرطها نجوماً بأن يدفع العين أو يعمل العمل ولا يطالب بالأجرة الى الأجل المعين ، أو يقسطها فيجعل لكل أجل قسطاً معلوماً منها ، فإنه لا مانع من ذلك عملاً بعموم الأدلة ، وعدم ظهور المانع ، وكذا لا فرق بين الاجارة الواردة على عين معينة ، أو الاجارة المطلقة الواردة على ما في الذمة ، ولا خلاف عندنا في شيء من هذه الأحكام ، والله سبحانه العالم .

الثالثة : قالوا : لو وجد بالأجرة عيباً سابقاً على وقت القبض ، فإن كان الأجرة مطلقة وهي المضمونة تخير بين الفسخ وأخذ العوض وإن كانت معينة تخير بين الفسخ والأرض ، وعلل الأول بأن المطلق يتعين بتعيين المالك ، وقبض المستحق كالزكاة فيحينئذ له الفسخ ، لكون المعينة معينة ، وله الا بدال بالصحيح الذي هو مقتضى العقد ، وهو المشار اليه بالعوض .

والتحقيق ما ذكره جملة من محققى المتأخرين أن مقتضى الإطلاق الحمل على الصحيح ، وهو أمر كلي لا ينحصر في المدفوع ، ودعوى تعينه بما ذكر ممنوع ، وقضية ذلك حينئذ أنه لا فسخ هنا ، وإنما له العوض ، نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ ، وتخير بينه وبين الرضا بالمعيب مع الأرض عوض ما فات بالعيب لتعين المدفوع اليه ، من حيث تعذر عوضه ، كما هو الحكم في الثاني وهو ما إذا كانت معينة ، فإنه يتخير كما قدمنا نقله عنهم بين الفسخ والرضاه مع الأرض ، من حيث أن تعينه مانع من البدل ، كما تقدم في كتاب البيع ، ودليله ظاهر مما تقدم في بيع المعيب (١) الا أن لقائل أن يقول : باختصاص هذا الحكم بالبيع ، كما هو مورد الدليل .

وظاهرهم أنه لا دليل هنا على ما ذكره الا الحمل على البيع ، وفيه ما لا يخفى ، فمن الجائز هنا انحصار الحكم في الفسخ خاصة ، والى هذا يميل كلام

المحقق الأردبيلي حيث قال - بعد قول المصنف و إذا كانت معينة له الفسخ أو الأرش - : كان دليله ظاهر مما تقدم في بيع المعيب ، أو يمكن اختصاص البيع بالحكم لدليله ، ويكون هنا الفسخ فقط ، بل ويمكن الانفاخ أيضاً ، لعدم وقوع الرضاء به ، انتهى وهو جيد والله سبحانه العالم .

الرابعة : الظاهر أنه لاخلاف في أنه لو استأجر داراً أو دابة أو غيرهما من الآعيان فإن له أن يؤجرها على غيره إذا لم يشترط عليه المالك استيفاء المنفعة بنفسه ، ونقل الاجماع في التذكرة عليه ، وقيد جملة من الأصحاب منهم العلامة والمحقق الشيخ علي وغيرهم ، بأنه لايسلم العين إلى المستأجر الثاني إلا بإذن المالك ، والا لكان ضامناً لها ، واعترضه المحقق الأردبيلي فقال : ما عرفت دليله ، والظاهر عدم الاشتراط ، وعدم الضمان بدونه ، للأصل وللإذن بالاستيجار .

وقد سبقه إلى ذلك شيخنا الشهيد على ما نقل عنه في المسالك ، فانه قوى الجواز من غير ضمان ، قال : لأن القبض من ضروريات الاجارة للعين ، وقد حكم بجوازها والأذن في الشيء إذن في لوازمه ، ورد بمنع كون القبض من لوازمها لأمكان استيفاء المنفعة بدونه ، أقول : الأظهر في الاستدلال على ذلك هو الاستناد إلى الأخبار الدالة على جواز الاجارة ممن استأجر وقد تقدمت في كتاب المزارعة ، فان اطلاقها ظاهر في عدم هذا الاشتراط ، وتقييدها بما ذكره يحتاج إلى دليل واضح ، وليس فليس .

وبدل على ذلك خصوص ما رواه الكليني والشيخ في الصحيح عن علي بن جعفر (١) عن أخيه قال : سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاه غيره فنفت ما عليه ؟ قال : ان كان اشترط أن لايركبها غيره فهو ضامن لها ، وان لم يسم فليس عليه شيء ، وإلى هذا القول مال أيضاً في المسالك استناداً إلى الصحيحة المذكورة ، وحينئذ فله أن يؤجرها بأقل مما استأجر أو ما ساءه بلا خلاف .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩١ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٥ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٥٨ ح ٦ .

ج ٢١ في اشتراط نقص الاجرة على تقدير عدم الحمل في الوقت المعين ٥٦٥

وانما الخلاف في جواز الاجارة بالأكثر فالمشهور ذلك، قال بعض محققى متأخرى المتأخرين و الأصل والقاعدة وأدلة جوازها تقتضى جوازها بأكثر من الأجرة ولو كان بجنسها أيضاً وان لم يحدث حدثاً من عمارة وشبهها، انتهى .

ونقل جملة من المتأخرين الخلاف هنا عن الشيخ في المسكن والأجير والخان قال في التذكرة: قال الشيخ: لا يجوز أن يوجر المسكن ولا الخان ولا الأجير بأكثر مما استأجره إلا أن يوجر بغير جنس الأجرة أو يحدث ما يقابل التفاوت، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجر أن يوجر الباقي وعلى هذا النهج كلام المحقق وغيره، والمفهوم من كلام المختلف أن موضع الخلاف أعم من هذه المذكورات، قال في الكتاب المذكور: قال الشيخان: اذا استأجر شيئاً لم يجر أن يوجره بأكثر مما استأجره به الا أن يحدث فيه حدثاً من مصلحة ونفع اذا اتفق الجنس، وبه قال المرتضى ظاهراً، انتهى . وقد تقدم تحقيق الكلام في المقام بما لا يحوم حوله نقص ولا ابرام في كتاب المزارعة، (١) وان كان محله انما هو هذا الكتاب، الا أنه جرى القلم به ثمة استطراداً فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه .

الخامسة: المشهور بين الأصحاب أنه لو استأجره ليحمل عليه متاعاً الى موضع معين بأجرة في وقت معين فان قصر عنه نقص من أجرته شيئاً جاز، ولو شرط سقوط الأجرة ان لم يوصله فيه لم يجر وكان له أجرة المثل، قال الشيخ في النهاية: من اكترى من غيره دابة على أن يحمل له متاعاً الى موضع بعينه في مدة من الزمان، فان لم يفعل ذلك نقص من أجرته كان ذلك جائزاً ما لم يحط بجميع الأجرة، وان أحاط الشرط بجميع الأجرة كان الشرط باطلاً، ولزمه أجرة المثل ويحويه كلام ابن الجنييد، وكلام ابن البراج وغيرهما الا أن ظاهر كلام ابن الجنييد أنه متى أحاط الشرط بالأجرة كملاً وجب القضاء بالصلح فلا تسقط الأجرة كلها ولا يأخذها جميعاً، وظاهر العلامة في المختلف - ونقل عن ابنه فخر المحققين أيضاً -

بطلان العقد، لبطلان الشرط ، فتجب أجرة المثل سواء أوصله في المعين أم غيره ،
وسواء أحاط بالأجرة أم لا ، ولا يخفى ما فيه ، فانه اجتهد في مقابلة النص ، كما
سيظهر لك انشاء الله تعالى .

وقال ابن ادريس : والأولى عندي أن العقد صحيح ، والشرط باطل ، لأن
الله تعالى قال (١) « أدفوا بالعقود » وهذا عقد فيحتاج في فسخه الى دليل ،
والشرط اذا انضم إلي عقد شرعي صح العقد ، وبطل الشرط ، اذا كان غير شرعي
وأيضاً لا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة متواترة ولا إجماع منعقد ، ولم يورد
أحد من أصحابنا هذه المسئلة إلا شيخنا في النهاية ، لا أنها تضمنت التواتر وغيره .
أقول : ما ذكره ابن ادريس جيد على أصله الغير الأصيل ، والذي يدل
على ما ذكره الشيخ ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢)
قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : اني كنت عند قاض من قضاة المدينة فأقاه رجلاً
فقال أحدهما : اني اكرت من هذا دابة ليبلغني عليها من كذا وكذا الى كذا
وكذا فلم يبلغني الموضع فقال القاضي لصاحب الدابة : بلغته الى الموضع ؟ قال :
لا قد أعيت دابتي فلم تبلغ فقال له القاضي : فليس لك كراء إذا لم تبلغه الى الموضع
الذي اكرت دابتك اليه ، قال عليه السلام فدعوتهما الى فقلت للذي اكرت ليس لك
يا عبدالله أن تذهب بكراء دابة الرجل كله ، وقلت للآخر : يا عبدالله ليس لك أن
تأخذ كراء دابتك كله ولكن انظر قدر ما بقي من الموضع وقدر ما ركبته فاصطلمها
عليه ففعلاً .

هذا صورة الخبر في الفقيه ، وفيه برواية الكتابين الأخيرين حذف ونقصان
واخلال بالمعنى المذكور في هذا المنقول .

(١) سورة المائدة - آية ١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٠ ح ٧٢ و ٢٢ ، الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٧

ص ٢١٤ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ١ .

ج ٢١ في اشتراط نقص الاجرة على تقدير عدم الحمل في الوقت المعين ٥٦٧

ومارواه المشايخ المذكورون أيضاً في الموثق عن محمد الحلبي (١) وقال كنت قاعد أعند قاض من القضاة ، وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس ، فأقام رجلان فقال أحدهما : اني تكريت ابل هذا الرجل ليحمله لي متاعاً الى بعض المعادن فاشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا ، لأنها سوق أتخوف أن يفوتني ، فان احتسبت عن ذلك حططت من الكرى عن كل يوم احتسبه كذا وكذا ، وانه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً فقال القاضي : هذا شرط فاسد وفه كراه ، فلما قام الرجل أقبل الي أبو جعفر عليه السلام فقال : شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه . وأنت خير بأن الرواية الأولى من هاتين الروايتين وان استدلل بها الأصحاب للشيخ كما ذكرناه ، الا أن الظاهر أنه لادلالة فيها عند التأمل ، إذ غاية ما تدل عليه أنه اذا شرط عليه أن يوافي به الى موضع معين في يوم معين صح ذلك ، فلولم يفعل وجب الصلح باسقاط بعض الأجرة بنسبة ما تركه من الموضع ولم يبلغه فيه ، ولادلالة فيها على أجرة المثل أيضاً نعم الرواية الثانية ظاهرة الدلالة على المطلوب . وأما ما يظهر من المسالك - وقبله الشيخ المحقق الشيخ علي من الحكم ببطلان الأجارة هنا ، قال في المسالك بعد ذكر المصنف الحكم المذكور كما قدمنا ذكره عن الأصحاب : هذا قول الأكثر ، ومستنده روايتان صحيحة وموثقة عن محمد بن مسلم والحلبي عن الباقر عليه السلام وبشكل بعدم تعيين الأجرة لاختلافهما على التقديرين كما لو باعه بشئ معين على تقديرين ، ومن ثم ذهب جماعة الى البطلان ويمكن حمل الأخبار على الجمالة الى آخر كلامه - ففيه أن عموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود وجوب الوفاء بالشروط كتاباً وسنة مما تقتضي بالصحة في هذا المقعد ، وما ادعاه من البطلان بهذه الجمالة لادليل عليه : بل الدليل واضح في خلافه كالخبر المذكور ، ومثله صحيحة أبي حمزة (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكثرى

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٢ ، القية ج ٣

ص ٢٢ ح ٢٢٧٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٣ ح ٢ .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٤ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٣

ص ٢٤٩ ح ١ .

الدابة فيقول : اكرمتها منك الى مكان كذا و كذا فان جاوزته فلك كذا و كذا زيادة وسمى ذلك قال : لا بأس به كله ، وهي مع صحتها صريحة في عدم اشتراط ما ادعاه من العلم ، وعدم الضرر بمثل هذه الجعالة ، وتمسكه في البطلان بما لو باعه بثمانين على تقديرين مردود ، بأنه وإن قيل : بالبطلان في ذلك إلا أن مقتضى الأخبار الصحة كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع ، وهو مؤيد لما ذكرناه هنا به يظهر أن ما ذكرناه من التنزيل على الجعالة لا موجب له ، ولا ضرورة تدعو اليه ، على أنه لا معنى لقوله فإن في الرواية ، ما لم يحط بجميع كراه ، إذ الظاهر كما ذكره بعض المحققين هو صحة هذا الشرط في الجعالة ، ولو كانت جعالة لم يتجه هذا الاستثناء ، ويؤيد ما ذكرناه أيضاً ما سرح به جملة منهم من الصحة في قولهم إن خطته رومياً فلك كذا ، وإن خطته فارسياً فلك كذا وقولهم إن عملت هذا العمل اليوم فلك درهمان ، وإن عملته في غد فلك درهم ، كما سيأتي تحقيق ذلك انشاء الله تعالى .

وبالجملة فان كلاً من الفعلين المردد بينهما في هذه المواضع المحدودة ، معلوم ، وأجرته معلومة ، والواقع لا يخلو منهما ، فلا مانع من الصحة ، والمعلومية على هذا الوجه كافية ، بمقتضى ما ذكرناه من الأخبار في البيع ، والأجارة ، ودعوى الزيادة على ذلك بحيث يحكم بالبطلان مع عدمها يتوقف على الدليل ، وليس فليس والله سبحانه العالم .

السادسة : اختلف الأصحاب فيما لو قال : آجرتك كل شهر بكذا فقيل : بالبطلان مطلقاً لجعالة العوضين المقتضية للفرر إذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من العوض كون مجموع العوضين معلومين ، فان العوض هنا المجموع ، وهو مجهول وانما عليه اجرة المثل فيما سكن ، لعدم صحة الاجارة والى هذا القول ذهب ابن ادریس والمختلف والمسالك وغيرهم ، وقيل : ان الاجارة تصح في شهر وتبطل في الباقي وله أجرة المثل ان سكن وهو المنقول عن الشيخين في المقنعة والنهاية ، وبه سرح في اللمعة والشرايع وغيرهم ، والوجه فيه أن الشهر

معلوم وكذا أجرته فلا مانع من الصحة فيه ، نعم يبطل الزايد لعدم انحصاره في وجه معين ، وأن الأجرة تابعة له ، ورجح المحقق الأردبيلي الصحة مطلقاً في المسئلة ، حيث قال بعد ذكر القولين المذكورين ، وهيهنا احتمال ثالث ، وهو الصحة في كل ما جلس ، واشتراط العلم بحيث يمنع من هذا غير معلوم ، ولا ضرر ولا غرر ، إذ كلما جلس شهراً يعطى ذلك ، ونصفه في نصفه ، وعلى هذا انتهى وهو جيد ، ووجهه معلوم مما قدمناه في سابق هذه المسئلة من الأخبار المذكورة ، والعلل المأثورة .

أقول : و يظهر من كلام ابن الجنيّد هنا القول بذلك ، حيث قال على ما نقله في المختلف : وقال ابن الجنيّد : ولا بأس أن يستأجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم بكذا ، ولا يذكر نهاية الأجل ، ولو ذكرها عشرين سنة أو أقل أو أكثر جاز ذلك ، انتهى ، وهو ظاهر كما ترى في القول بالصحة ، ولم أقف على من نقله عنه في كتب الاستدلال كالمسالك وغيره ولا أشار إليه ، وإنما المشهور في كتبهم نقل القولين المذكورين .

وكيف كان فانك قد عرفت في مواضع مما قدمناه في المباحث السابقة أن الحق التحقيق بالاتباع وإن كان قليل الاتباع هو الوقوف في موارد الأحكام على النصوص ، وعدم الالتفات إلى ما اشتهر بينهم من القواعد التي زعموها أصولاً حتى ردوا لأجلها الأخبار ، وارتكبوا فيها التأويلات البعيدة وإلى القول بالصحة هنا أيضاً يميل صاحب الكفاية ، وقد عرفت قوته .

وقد اختلفوا أيضاً في مالو قال : إن عملته اليوم فلك درهمان ، وإن عملته في غد فلك درهم ، فقيل : بالصحة وهو اختيار الشرايع واللمعة تبعاً للخلاف ، حيث قال في الكتاب المذكور : إذا استأجره لخياطة ثوب ، وقال : إن خطت اليوم فلك درهم ، وإن خطت في الغد فلك نصف درهم ، صح العقد فيهما ، لأن

الأصل جواز ذلك ، والمنع يحتاج الى دليل ، وقوله ^(١) « المؤمنون عند شروطهم » وفي أخبارهم ما يجري مثل هذه المسئلة بعينها منصوصة (٢) وهي أن يستأجر منه دابة على أن يوافي به يوماً بعينه على أجرة معينة ، فإن لم يواف به ذلك اليوم كان أجرتها أقل من ذلك ، وإن هذا جائز ، وهذا مثلها بعينها سواء ، وقال في المبسوط : صح العقد فيهما ، فإن خاطه في اليوم الأول كان له الدرهم ، وإن خاطه في الغد كان له أجرة المثل ، وهو ما بين الدرهم والنصف ، ولا ينقص من النصف الذي سمى ، ولا يبلغ الدرهم ، قال في المختلف : وهذا القول الذي اختاره في المبسوط قول أبي حنيفة .

وقال ابن ادریس : يبطل العقد وتبعه عليه أكثر المتأخرين كالمحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك ، والعلامة في المختلف ، وغيرهم اعترض في المختلف على كلام الشيخ في الخلاف ، فقال : وقول الشيخ بالأصل ممنوع ، اذ يترك لقيام معارض ، وفرق بين صورة النزاع وصورة النقل ، لأن صورة النقل أوجب عليه أن يوافي به في يوم بعينه ، وشرط أن لم يفعل أن ينقص من أجرته شيئاً ، وصورة النزاع لم توجب شيئاً معيناً فتطرقت الجهالة اليه ، بخلاف الأول انتهى .

وفيه أن الأصل الذي تمسك به الشيخ أصل رزين ، وهو العومات الدالة على صحة العقود والشروط كتاباً وسنة ، وما عارضه به ليس الا مجرد دعواهم الجهالة في الصورة المذكورة ، ونحوها مما تقدم ، والدليل على الأبطال بنحو هذه الجهالة غير ثابت ، بل المعلوم من الأدلة كما عرفت إنما هو خلافه ، وما ادعاه من الفرق أيضاً بين صورة النزاع والنقل ضعيف أيضاً ، لأن المنازع في تلك المسئلة إنما تمسك بما تمسك به هنا من الجهالة ، ورد الرواية بذلك كما عرفت ، ومرجع الرواية الى أنه ان أدخله في ذلك الوقت المعين فله كذا ، وإن تخلف عنه فله

(١) المذهب ج ٧ ص ٣٧١ ح ١٥٠٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ وج ١٣

ص ٢٥٣ ح ١ .

أنقص ، وهذا عين ما نحن فيه .

نعم ما ذكره في المبسوط ضعيف بما اوردته عليه في المختلف ، حيث قال : وتفصيل الشيخ في المبسوط ضعيف ، لأن العقد ان صح فله المسمى ، وان بطل فله أجرة المثل ، ويكون وجوده كمدمه ، كسائر العقود الباطلة ، انتهى .

ولو قال : ان خطته فارسياً فلك درهم ، وان خطته رومياً فلك درهمان ، وفسر الرومي بدرزين ، والفارسي بدرز واحد ، فالخلاف المتقدم ، الا ان ابن ادريس قال هنا بعد الحكم بالبطلان : وان قلنا هذه جمالة كان قويا ، فإذا فعل الفعل المجمول عليه استحق الجعل ، واعترضه في المختلف بأنه ليس بجيد ، لتطرق الجهالة الى الجعل ، فيجب أجرة المثل وأجاب في المسالك بأن مبنى الجمالة على الجهالة في العمل والفعل كمن رد عبدي فله نصفه ، ومن رد عبدي فله كذا ، ومحله غير معلوم ، وكذا من رد عبدي من موضع كذا ، فله كذا أو من موضع كذا فله كذا مع الجهالة فيهما انتهى ، والكل نفخ في غير ضرام ، لما عرفت من التحقيق في المقام والله سبحانه العالم .

السابعة : قد تقدم أنه لا خلاف ولا اشكال في أن الأجير يملك الأجرة بنفس العقد ، ولكن لا يجب التسليم الا بتسليم العين المستأجرة ان كانت الأجرة على عين ، أو تمام العمل ان كانت على عمل ، وإنما الكلام هنا في أنه هل يتوقف استحقاق المطالبة بالأجرة بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها كتوب يخطه ، وشيء يصلحه ، ونحو ذلك ؟ وفيه أقوال ثلاثة ، قليل : بعدم التوقف وهو اختيار الشرايع والأرصاد وغيرهما ، وقيل : بالتوقف على التسليم ، وهو مختار المسالك وقبله المحقق الثاني في شرح القواعد ، وقيل : بالفرق بين ما إذا كان العمل في ملك الأجير ، فيتوقف على التسليم او ملك المستأجر ، فلا يتوقف لأنه بيده تبعاً للملك ، وهذا القول نقله في الشرايع وعلل القول الاول بأن العمل إنما هو في ملك المستأجر أو ما يجري مجراه ، بمعنى أنه وإن وقع في ملك الأجير الا أنه لما

كانت يد الأجير كيد المستأجر لأنه مأذون عنه ، وو كيل عنه أو ودعة عنده فكأنه عمل وهو في يد المستأجر ، فيكون ذلك كافياً عن التسليم ، ولهذا لو عمل وهو في يد و كيله أو ودعيه فالظاهر أنه لا يحتاج الى التسليم .

والأظهر عندي الاستناد الى عموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود ، والشروط وخصوص ما تقدم من الأخبار الدالة على أنه لا يجب عرقه حتى تعطيه أجرته . وبالجمله فان العمل هو الذي استحق به الأجير الأجرة عقلا وقللا ، والمعاوضة إنما وقعت عليه خاصة ، والعين في يد الاجير أمانة لا يضمنها إلا مع التعدي والتعريض ، فلا اعتبار بتسليمها وعدمه ، سواء كان العمل في ملك أحدهما أولا ، ولا يسقط بعدم تسليمها مع عدم ضمانها شيء من الأجرة المستحقة بالعمل ، والروايات شاهدة بذلك .

وعلى الثاني كما ذكره في المسالك حيث اختاره بأن المعاوضة ، لا يجب على أحد المعاوضين فيها التسليم الا مع تسليم الآخر ، قال : فالأجود توقف المطالبة بها على تسليم العين ، وان كان العمل في ملك المستأجر ، وعلى هذا النهج كلام المحقق المتقدم ذكره .

وفيه أولا أن ما ذكره من هذه القاعدة في المعاوضة وان اشتهر في كلامهم ، الا أنه لا دليل عليه ، بل الظاهر إنما هو خلافه ، كما تقدم تحقيقه في المطلب الثالث في التسليم من الفصل الرابع في أحكام العقود من كتاب التجارة . وثانيا ما عرفت من دليل القول الأول .

وأما القول الثالث فوجهه ظاهر مما ذكر ، ولكنه مردود بما ذكرناه في دليل القول الأول ، قال في المسالك : وما نقله من الفرق قول ثالث بأنه ان كان في ملك المستأجر لم يتوقف على تسليمه ، لأنه بيده تبعاً للملك ، ولأنه غير مسلم للأجير حقيقة ، وإنما استعان به في شغله كما يستعين بالوكيل ، وان كان في ملك الأجير توقف ، وهو وسط أوجه ، من اطلاق المصنف والاوسط الذي اخترناه أوجه ، انتهى .

وفيه ما عرفت ، وإلى ما رجحناه من القول الأول يميل كلام المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد ، حيث قال بعد قول المصنف ويستحق الأجير الأجرة بالعمل وإن كان في ملكه ما لفظه : دليل مختاره ومختار الشرايع وغيره هو استحقاق الأجير طلب أجرته بعد اتمام العمل ، وإن لم يكن سلم العين إلى المستأجر وكان العمل في ملك المستأجر بل في بيت الأجير ، ولا يتوقف على تسليم العين ، نعم يجب عليه تسليم العين عند الطلب مع عدم المانع الشرعي فلو منع كان غاصباً ضامناً والظاهر أنه لا يستحق المستأجر المنع منه حتى يتسلم فلو منع كان غاصباً ظالماً ، وهو خلاف ما مضى من أنه يملك الأجرة بمجرد العقد ، إذ قد قام الدليل العقلي والنقلي على عدم جواز منع المالك عن ملكه ، واستحقاقه الطلب ، وقد خرج قبل العمل بالاجماع ونحوه ، وبقي الباقي ويؤيده وجوب أجرة العقارات قبل الاستيفاء ، وعموم وخصوص أدلة لزوم الوفاء بالعقود والشروط .

والأخبار مثل حسنة هشام بن الحكم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في الجمال والأجير قال : لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته ، وقد مرت واختار البعض مثل المحقق الثاني والشهيد الثاني عدم استحقاقه إلا بعد تسليم العين وإن كانت في ملك المستأجر ، إلا أن يكون في يد المستأجر لأنه لا يلزم العوض ولم يستحق طلبه في المعاوضات إلا بالتسليم ، وتسليم المنفعة إنما هو بتسليم العين كما هو في البيع . وفيه تأمل يعلم مما تقدم ، ولا نسلم الكلية ، ولا نعرف له دليلاً خصوصاً إذا كان العوض منفعة بعد ثبوت الملك ، وفي البيع أيضاً إن كان دليل فهو متبع لذلك ، ولا نمنع هناك أيضاً ، كما فيما نحن فيه ، على أنه قد يقال : أنه لما كانت بيد الأجير فهي بمنزلة كونه بيد المستأجر لأنه وكيل ومأذون في وضع اليد أو ودبعة ، فكأنه فعل العمل والعين في يد المستأجر انتهى ، كلامه وهو كلام شاف وإنما نقلناه بطوله لتقف على جودة محصله ، والله سبحانه العالم .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٤٦ ح ١

الثامنة : قد صرحوا بأن كل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه أجره المثل ، مع استيفاء المنفعة أو بعضها ، سواء زادت عن المسمى أو نقصت ، وعلل ذلك بأن مقتضى البطلان رجوع كل عوض الى ما لكه ، كما إذا بطل البيع يرجع البايع إلى مبيعه ، والمشتري الى ثمنه ، ولا يملك أحد منهما مال الآخر ولا منافعه إلا أنه في الاجارة لما كان أحد العوضين المنفعة ومع استيفائها من العين المستأجرة يمتنع ردها وجب الرجوع إلى عوضها ، وهو أجره المثل ، كما إذا تلفت احدى العينين في المعاوضة الباطلة ، وإلا للزم الظلم على الموفر بأخذ منفعة ماله بغير عوض ، لأنه لم يعطها مجافاً وإنما أعطاها بأجرة ، لكنها من حيث بطلان العقد لم تسلم له ، فلا بد من العوض ، والمرجع فيه الى العرف المعبر عنه بأجرة المثل ، سواء زادت عن المسمى أم نقصت ، أم سادت .

وهذا ظاهر مع الجهل ببطلان العقد ، أمامع العلم بالبطلان وأن الأجير لا يستحق بذلك أجره ، ولا يجب على المستأجر دفعها ، فان عمل الأجير والحال هذه يرجع الى التبرع بعمله، فلا يستحق شيئاً بالكلية ، كمن خاط ثوباً لشخص بغير اذنه بالأجرة ، فانه لاحق له شرعاً ، ولو دفع المالك له شيئاً ، والحال هذه فانه يكون من قبيل سائر العطايا التي يستحق صاحبها الرجوع فيها مع بقاء العين ، وعدم الرجوع مع الاتفاق ، لأنه سلطه عليه باختياره كما صرحوا به في أمثاله .

والظاهر أن الأجير العالم كالغاصب في تصرفه ، فيترتب عليه الضمان ، بل قيل : ان المفهوم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضاً ، وهو مشكل من حيث الجهل ، واعتقاد صحة العقد ، وأنه إنما قبض بعقد صحيح ، ظاهراً - في اعتقاده وظهور فساد لا يكون موجباً لذلك ، فانه غير مكلف بما في الواقع ونفس الأمر من صحة أو بطلان أو تحليل أو تحريم أو طهارة أو نجاسة او نحو ذلك .

ونقل في المسالك عن الشهيد : أنه استثنى عن أصل الحكم المذکور ما لو

كان الفساد باشتراط عدم الأجرة في العقد أو متضمنا له كما لو لم يذكره أجرة فانه حينئذ يقوى عدم وجوب الأجرة لدخول العامل على ذلك قال : وهو حسن ، أقول : لقائل أن يقول بالنسبة الى الصورة الأولى وهو اشتراط عدم الأجرة كأن يقول آجرتك نفسي لأعمل لك كذا وكذا بغير أجرة ، ان مرجع هذا الكلام الى التبرع بالعمل ، فلا أثر لقبول المستأجر ولا اذنه الذي هو شرط في صحة العقد ، وأيضاً فان هذا الشرط مناف لمقتضى معنى آجرتك كما تقدم في تعريف الاجارة من أنها عقد ثمرته تمليك المنفعة الخاصة بعوض ، أو عبارة عن نفس الثمرة ، فالأظهر أنه ليس بعقد فاسد ، بل اذن في العمل بغير أجرة ، والا فلامعنى لهذا اللفظ بل لا يمكن أن يتلفظ به عالم ، عاقل الا أن يقصد التجوز بلفظ آجرتك ، واخرجه عن معناه ، وهذا بحمد الله تعالى ظاهر .

وأما بالنسبة الى الصورة الثانية وهي ترك ذكر الأجرة ، فانه يمكن أن يقال: ان ترك ذكرها لا يدل على الرضا بعدمها ، بل هو أعم اذ قد يكون لنسيان أو جهل أو اعتقاد أنه معلوم مقرر أو أنه ينصرف الى العادة والعرف ، ويؤيده أن الأصل عدم التبرع ، ولهذا حكموا مع عدم صحة العقد باجرة المثل ، بناء على ذلك حتى يعلم المخرج عنه بدليل .

وبالجملة فان الترك أعم والعام لادلالة على الخاص ، وفي المسالك بعد أن نقل عن الشهيد ما قدمنا ذكره قال : وربما استشكل الحكم فيما لو كانت الأجرة متعلقة بمنفعة عين كدار مثلاً ، فاستوفاه المستأجر بنفسه ، فان اشتراط عدم العوض إنما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي فحقه وجوب أجرة المثل ، كما لو باعه على أن لا ثمن عليه .

ثم أجاب بأنه مع اشتراط عدم الاجرة في الصورة المذكورة يكون ذلك من قبيل العارية دون عقد الاجارة ، قال : فان الاعادة لا يختص بلفظ مخصوص ، بل ولا يتوقف على لفظ مطلقاً ، ولا شك أن اشتراط عدم الأجرة صريح في الأذن

في الانتفاع بغير عوض ، فلا يترتب عليه ثبوت عوض أجره .

أقول : وهذا ايراد آخر على القول المذكور من غير الجهة التي قدمنا ذكرها ، ثم انه قال : أما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير فعمل بنفسه مع فسادها ، توجه عدم استحقاقه بشيء ظاهر ، لأنه متبرع بالعمل ، وهو المباشر لاتلاف المنفعة ، ثم انه أورد على ذلك ما لو كان عمله بأمر المستأجر فانه يستحق أجره المثل من حيث الأمر ، كما في كل أمر يعمل ، نعم لو كان عمله بغير سؤال المستأجر وأمره فانه لا يستحق شيئاً بالكلية ، لتحقيق التبرع حينئذ .

أقول : الظاهر أن هذا الايراد وما اشتمل عليه من التفصيل بين أمر المستأجر وعدمه انما يتم في الصورة الثانية ، وهو عدم ذكر الأجرة في العقد نفيًا ولا اثباتًا ، والا ففي صورة اشتراط عدم الأجرة فانه وان أمره المستأجر وأذن له الا أنه لا أثر له مع اشتراطه على نفسه عدم الأجرة الراجع الى كونه متبرعاً بالعمل كما عرفت . ثم انه قال في المسالك بعد ذلك : فان قلت : أي فائدة في تسميته عقدًا فاسدًا مع ثبوت هذه الأحكام واقامته مقام العارية ، قلت : فساد بالنسبة الى الاجارة بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة لمصحح عقدتها ، كوجوب العمل على الأجير ونحوه ، لا مطلق الأثر ، انتهى .

التاسعة : قد صرح الأصحاب بأنه يكره استعمال الأجير قبل أن يقاطعه ، والظاهر أنه لا خلاف فيه ، ويدل عليه من الأخبار ما رواه في الكافي والتهذيب عن مسعدة بن صدقة في الموثق (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من كان يؤمن بالله تعالى واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه ما أجره ، الحديث .

وعن سليمان بن جعفر الجعفي في الصحيح (٢) قال : كنت مع الرضا عليه السلام في بعض الحاجة وأردت أن أنصرف الى منزلي ، فقال لي : انطلق معي فبت عندي

(١) والكافي ج ٥ ص ٢٨٩ ح ٤ و ص ٢٨٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ١١ و ص ٢١٢ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٤٥ ح ٢ و ١ .

الليلة ، فطلقت معه فدخل الى داره مع المعتب فنظر الى غلماته يعملون بالطين أوارى الدواب وغير ذلك ، اذا معهم أسود ليس منهم ، فقال : ما هذا الرجل معكم ؟ قالوا : يعاوننا ونعطيه شيئاً قال : قاطعتموه على أجرته ؟ فقالوا : لا ، هو يرضى منا بما تعطيه ، فأقبل عليهم يضربهم بالسوط ، وغضب لذلك غضباً شديداً فقلت : جعلت فداك لم تدخل على نفسك ، فقال : انى نهيتهم عن مثل هذا غير مرة أن يعمل معهم أحد حتى يقاطعوه على أجرته : واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك نقصت أجرته فاذا قاطعته ثم أعطيته حمدك على الوفاء ، فان زدته حبة عرف ذلك لك ورأى أنك قد زدته ، .

وأنت خير بأن ظاهر هذين الخبرين إنما هو التحريم ، إلا أنهم ^{وإنما} كثيراً ما يؤكدون في النهي عن المكروهات بما يوهم الحاقها بالمحرمات ، وفي المستحبات بما يكاد يدخلها في حيز الواجبات ، وعلى هذا فربما يستفاد من الخبر الثاني جواز الضرب على فعل المكروه ، ويحتمل أن يقال : ان ذلك وإن كان مكروهاً إلا أنه من حيث مخالفة أمر المولى حيث أنه ^{يُجِبُّ} نهاهم عن ذلك مراراً كان ما فعلوه محرماً ، فيجوز التأديب عليه بلا إشكال .

بقي الكلام في أنه في الشرايع عد من جملة ما يكره هنا تضيئه ، إلا مع التهمة ، حيث قال : ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطعه على الأجرة ، وأن يضمن إلا مع التهمة ، والأول من هذين الفردين قد عرفت الكلام فيه .

وأما الثاني فهو لا يخلو من الاجمال الموجب لتعدد الاحتمال ، ولهذا قال في المسالك : فيه تفسيرات : الأول : أن يشهد شاهدان على تفريطه ، فانه يكره تضيئه للمعين اذا لم يكن متهماً .

الثاني : لو لم يقسم عليه بيئة ، وتوجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك .

الثالث . لو نكل عن اليمين المذكورة وقضيناه بالنكول حينئذ كره تضيينه كذلك .

الرابع : على تقدير ضمانه وان لم يفرض كما اذا كان صايغاً على ماسياتى يكره تضيينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير .

الخامس : أنه يكره له أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط .

السادس : لو أقام المستأجر شاهداً عليه بالتفريط كره أن يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمة .

السابع : لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلف ليضمنه كذلك .

والأربعة الاول سديدة ، والخامس مبني على صحة الشرط ، وقد بينا فساد فساد العقده ، والآخران فيهما أن المستأجر لا يمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذي يوجب الضمان ، ومع فرضه لا يكره تضيينه ، لاختصاص الكراهة بعدم تهمته فكيف مع تبين ضمانه ، انتهى .

أقول : لا يخفى ان الكراهة حكم شرعي يتوقف على الدليل كالوجوب والتحريم والاستعجاب ، ومتى ثبت للانسان حق شرعي بالبيئة أو اليمين أو النكول أو نحو ذلك لوجه لكونه يكره له أخذه من غير دليل ، يدل على ذلك وبه يظهر ما في أكثر هذه المواضع المعدودة .

والأظهر عندي هو حمل ذلك على الصايغ والقصار ونحوهما ممن يعطى الأجرة ليصلح فيفسد أو يتلف ، فان الروايات قد اختلفت في تضيينهم مع دعوى التلف ، وعدم التفريط في الافساد فأكثر الأخبار على تضيينهم مع التفريط .

وجملة من الأخبار قد فصلت بين كونه مأموناً فلا ضمان عليه ، ومتهماً فضمنه ، وبعض الأخبار يدل على عدم التضمن مطلقاً ، وطريق الجمع بين الجميع كراهة التضمنين إلا مع التهمة ، وسيأتي تحقيق الكلام في ذلك انشاء الله تعالى ،

وبسط الأخبار والأقوال في المطلب الثالث في الأحكام .

وأما قوله : ان الخامس مبني على صحة الشرط ، وقد بينا فساد ، ففيه إنا قد بينا صحته بما هو ظاهر للنظر ، كما تقدم في الموضع الخامس من المطلب الأول ، إلا أن فيه ما عرفت من أن مجرد صحته وجوازه لا يستلزم الكراهة ، بل الأصل صحته وجوازه من غير كراهة كغيره من الأمور الجائزة المباحة حتى يقوم دليل على الكراهة ، والله سبحانه العالم .

العاشر: قد صرحوا بأن المنفعة تملك بنفس العقد ، كما تملك الاجرة ، ووجهه ظاهر مما تقدم في المسئلة الثانية من مسائل هذا المطلب ، من اقتضاء صحة المعاوضة ولزومها نقل الملك في كل من الموضين من أحدهما الى الآخر كالبيع ، وسائر عقود المعاوضات اللازمة والاجارة من جعلتها ، فالمنفعة هنا منتقل الى المستأجر بنفس العقد ، وان كان انما يستوفيهما تدريجاً شيئاً فشيئاً وهو غير متاف للملك ، إذ لا يشترط في التمليك وجود المملوك ، وملك المستأجر لها هنا على حسب ملك الموجر لها ، فانه لا إشكال في أنه مالك لمنفعة نفسه ، وليس ذلك إلا باعتبار صحة تصرفه فيها كتصرفه في العين بالنقل الى غيره ، فكذا المستأجر باعتبار صحة استيفائها ونقلها الى غيره ، ونحو ذلك من لوازم الحقوق المالية .

وبالجملة فان ملك المستأجر لها على حسب ملك الموجر لها ، ولم يخالف في ذلك الا بعض العامة ، حيث زعم أن المستأجر لا يملك المنفعة بالعقد ، لأنها معدومة ، بل يملكها على التدريج شيئاً فشيئاً بعد وجودها ، وحدوثها على ملك الموجر ، وجعل ملك الاجرة تابعاً لملك المنفعة ، فلا يملكها الموجر إلا تدريجاً كذلك ، وضعفه أظهر من أن يخفى ، وكما يملك الموجر الاجرة بمجرد العقد كذلك يملك المستأجر المنفعة بمجرد ، ولا فرق بينهما إلا بأن تسليم الاجرة موقوف على دفع العين المستأجرة إن وقع الاستيجار على منفعة تلك العين ، أو إتمام العمل إن وقع على العمل كما تقدم ، والمنفعة يجب تسليمها مع الطلب

بتسليم العين التي يراد الانتفاع بها إن كان كذلك ، أو عمل الأجير إن كان الاستيجار على عمله .

قيل : ويمكن جواز منع كل واحد منها عما في يد صاحبه الذي انتقل اليه حتى يتسلم حقه ، كما قيل في البيع والشراء ، وهذا في غير العمل ، كالمعين المستأجرة للانتفاع من دار ودابة ونحوهما ، أما العمل كالخياطة فانه يجب عليه العمل ، ولا يجب تسليم الاجرة اليه إلا بعد كماله ، والفرق بينهما أن العمل مقدور للعامل ، فيعمل ثم يأخذ حقه ، بخلاف المنفعة فانها إنما تستوفي باستعمال المستأجر مع مضي الزمان ، وليس على الموفر إلا تسليم العين وقد فعل ، فيترتب عليه وجوب دفع الأجرة ، وحينئذ فيمكن ما ذكره ، إلا أنك قد عرفت ما فيه في كتاب البيع ، وقد تقدمت الاشارة اليه أيضاً في المسئلة السابقة من مسائل هذا المطلب .

الحادية عشر: قيل : يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد ، فلو أطلق أو عين شهراً متأخراً عن العقد بطل العقد ، وهو منقول عن المبسوط والخلاف ، وعن أبي الصلاح متابعة الشيخ في الفرد الثاني ، ونقل عن الشيخ الاحتجاج على ما ذكره في كل من الفردين بأن عقد الاجارة حكم شرعي ، ولا يثبت الا بدلالة شرعية ، وليس على ثبوت الاجارة في الموضعين المذكورين دليل ، فوجب أن لا يكون صحيحاً .

واحتج أبو الصلاح - على الموضع الذي تبع فيه الشيخ - بأن صحة الاجارة تتوقف على التسليم .

وأجيب عن حجة الشيخ بأن الدليل موجود ، وهو الأدلة العامة كتاباً وسنة على وجوب الوفاء بالعقود ، والأصل ، وعن حجة أبي الصلاح بالمنع من توقف الصحة في مطلق الاجارة على التسليم ، بل هو عين المتنازع ، ومحل البحث سيما مع ما عرفت من أصالة الصحة ، وعموم الأدلة الدالة على الصحة حتى يقوم دليل

على خلاف ذلك .

وأورد على هذا القول في المسالك أيضاً بأن شرط الاتصال يقتضى عدمه ، لأن كل واحد من الأزمدة التي تشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليه ، وليس متصلاً منها بالعقد ، سوى الجزء الأول ومتى كان اتصال باقى الأجزاء غير شرط ، فكذا اتصال الجميع ، انتهى ،

وظني ضعفه ، فان الزمان المشترط في العقود المحدد عندهم بتعيين زمان الابتداء والانتهاء أمر واحد لا تعدد فيه ، واتصاله وانقطاعه إنما هو بالنظر الى طرفيه لا الى أجزائه المركب منها ، والا لم يتم وصفه بالاتصال أو الانقطاع كما لا يخفى ، وبالجمله فاني لا يظهر لي وجه صحة ما أورده ، والمشهور هو الجواز مع عدم الاتصال ، وهو الأنظر لما عرفت .

أما مع الاطلاق فيبتنى على ما سيأتى في القول الثاني وقيل : ان الاطلاق يقتضى الاتصال ، فلو لم يعين مبداء اقتضى العقد كون ابتدائها متصلاً بالعقد ، فيكون أولها من آخر العقد ، لأنه مقتضى العرف ، حتى ادعى بعضهم بأنه صار وضعاً عرفياً ، فكأنه قال آجرتك شهراً يكون أوله حين الفراغ من العقد ، وهو جيد ان ثبت ما ادعوه من دلالة العرف على ما ذكره ، وإلا بطل للجهالة ، وظاهر جملة من الأصحاب كالمختلف والمسالك ذلك ، وهو يؤذن بالشك في دلالة العرف على ما ادعوه ، قال في المسالك : والأقوى الجواز مع الاطلاق ، إن دل العرف على اقتضائه الاتصال ، ونحوه في المختلف .

وأما القول بأن الاطلاق يقتضى الاتصال مطلقاً كما يظهر من عبارتي الشرايع والارشاد ، ففيه أنه أعم من ذلك ، والعام لا يدل على الخاص ، الا أن يكون هناك قرينة على ارادته فلا نزاع .

وبالجمله فالقول بذلك على اطلاقه ضعيف ، وأضعف منه دعوى الجواز مع الاطلاق مطلقاً ، كما يظهر من ابن ادریس ، وابن البراج ، قال في المختلف :

قال الشيخ : إذا استأجر الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت وأطلق بطلت ، وقال ابن البراج وابن ادريس : بجوازه ، والتحقيق أن نقول ان كان العرف في الإطلاق يقتضى الاتصال ، فالحق ما قاله ابن البراج ، وان كان لا يقتضيه فالحق ما قاله الشيخ ، لحصول الجهالة على التقدير الثاني دون الأول ، انتهى وهو جيد .

واحتمل المحقق الأردبيلي في صورة الإطلاق مع عدم اقتضاء العرف الاتصال الصحة أيضاً وقال : يحتمل الصحة والاختيار الى العامل ما لم يؤد الى التأخير المخل عرفاً مثل أن يستأجر العمل من دون تعيين ، والأصل وعموم الأدلة دليله ، ثم قال : وكذا لا يبعد البطلان مع الإطلاق ، ومع اقتضائه الاتصال أو القيد إذا كان المنفعة بعد العقد مستحقة للغير ، لأنه كاجارة المستأجرة ، ويحتمل في الإطلاق كون الابتداء بعد خروج تلك المدة خصوصاً مع جهل الموجر ، فينصرف كون أولها إلى المدة التي تجوز اجارته ، عملاً بمقتضى عموم أدلة صحة الاجارة ، وأصل عدم اشتراط كون أولها من حين العقد ، وخارج ما لم تكن تلك المدة مستحقة ، باقتضاء العرف مع الأمكان ، وبقي الباقي فتأمل انتهى .

أقول : هذا ملخص كلامهم في هذه المسئلة وأنت خير بأني لم أقف على نص في هذا المقام ، لا في أصل المسئلة ، ولا في شيء من فروعها ، الا أن الظاهر من جملة من الروايات الواردة في تكاح المتعة ، هو أن الإطلاق يقتضى الاتصال .

ففي رواية أبان بن تغلب (١) عن أبي عبد الله عليه السلام كيف أقول إذا خلوت بها ، قال تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله تعالى وسنة نبيه (صلى الله عليه وآله وسلم) لا واردة ، ولا موروثه كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً ، وتسمى من الأجر ما تراضيتما عليه ، قليلاً كان أو كثيراً فإذا قالت : نعم فهي امرأتك ، وأنت أولى الناس بها ، الحديث .

وفي رواية هشام بن سالم (٢) قال : قلت : كيف تتزوج المتعة قال : تقول :

(١) والكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣ و ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠

الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١ و ٣ .

يا أمة الله أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها .

وفي معناها رواية أخرى له أيضاً ونحوها روايات آخر أيضاً والتقريب فيها أنها على تعددها قد اشتركت في اطلاق العقد ، وعدم ذكر الاتصال مع حكمهم عليهم السلام بصحة العقد ، وترتب الأحكام عليه ، فلولا أن الاطلاق يقتضي الاتصال لما حكموا عليهم السلام بالصحة في ذلك ، سيما رواية أبان وقوله فيها فإذا قالت : نعم فهي امرأتك فانها صريحة في أنه بعد تمام العقد ترتب المنفعة ، وحل النكاح ، ومن المعلوم أن دائرة النكاح أضيق من الإجارة ، لما تكاثر في الأخبار من الحث على الاحتياط في الفروج لما يترتب عليه من النسل الى يوم القيمة ، وهم قد اعترفوا بأن دائرة الإجارة أوسع من البيع ، فكيف النكاح ، والمتعة في التحقيق من قبيل المستأجرة كما يشير اليه جملة من أحكامها ، وبه يظهر قوة ما قدمنا نقله عن الفاضلين ، ويمكن حمل كلام ابن البراج وابن إدريس عليه بأنهما إنما جوزا العقد مع الاطلاق لذلك ، وإن لم يصرحا كما صرح المحقق ، وما ادعوه من الجهالة على تقدير الاطلاق ليس في محله ، وكذا ما قيل : من أنه عام والعام لا يبدل على الخاص ، فإن الجميع لا تعويل عليه ، بعد ما عرفت من دلالة النصوص على ما ذكرنا ، ومما يؤيد القول المشهور من الصحة لو عين شهراً متأخراً عن العقد ما ورد مثله في المتعة أيضاً في رواية بكار بن كردم (١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يلتقي المرأة فيقول لها : زوجيني نفسك شهراً ولا يسمى الشهر بعينه ، ثم يمضي فيلقاها بعد سنين ، قال ، فقال له شهره إن كان سماه ، وإن لم يكن سماه فلا سييل له عليها ، وهي صريحة في المراد ، والله سبحانه العالم .

الثانية عشر: إذا أسلم الموجر العين المستأجرة للاتقاع بها ومضت مدة يمكن الاتقاع فيها ، واستيفاء المنفعة ولم ينتفع المستأجر بها لزمته الأجرة ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٥ .

للزوم العقد ، وتسليم الموجد ، وإنما التقصير في ترك الانتفاع من المستأجر ، ويؤيد ذلك ما رواه في الفقيه والكافي عن اسمعيل بن الفضل (١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال آجرتها كذا وكذا على أن أزرعها فان لم أزرعها أعطيك ذلك ، فلم يزرع الرجل فقال : له أن يأخذه بماله ، ان شاء ترك ، وإن شاء لم يترك .

قالوا : ولا فرق في ثبوت الأجرة عليه بالتسليم ، ومضى المدة المذكورة بين كون الاجارة صحيحة أو فاسدة ، بناء على القاعدة المشهورة عندهم من أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، ولكن مع الفساد يلزم أجرة المثل عمات من المنافع في يده .

قالوا : وفي حكم التسليم مالو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى مضت المدة التي يمكن الاستيفاء فيها ، فانها تستقر الاجرة ، الا أنه لا بد من تقييده بالصحيحة ، والوجه فيه من حيث عدم القبض وظهور بطلان الاجارة ، واستقرار الأجرة في الصحيح أو المثل إنما يثبت من حيث صحة العقد الموجب لذلك ، وهو هنا غير حاصل قالوا وإذا استأجره لقلع ضرره فمضت المدة التي يمكن ايقاع ذلك فيها ، فلم يقلعه المستأجر استقرت الأجرة ، أما لو زال الألم عقيب العقد سقطت الأجرة ، والوجه في الأول ظاهر ، لأن الاجير سلم نفسه للعمل ، وامتنع المستأجر من غير عذر ، فان الأجرة تستقر بالعقد والتمكين ، والوجه في الثاني بطلان الاجارة بالبرء وزوال الألم ، لأن متعلق الاجارة الموجب للصحة هو تحصيل المنفعة واللازم هنا إنما هو الضرر بادخال الألم المنهي عنه شرعاً وعرفاً ، فلا يصح الاستيجار هنا كما لا يصح الاستيجار على قطع يده من غير سبب موجب لذلك ، نعم لو كان ثمة سبب كما إذا كانت مستأكل يخاف من سريان الضرر الى الصحيح منها ، فانه يجوز والله سبحانه العالم .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ ح ٧ ، الفقيه ج ٣ ص ١٥٥ ح ٥ مع اختلاف يسير
الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١ وج ١٣ ص ٢٥٨ ح ١ .

الثالثة عشر : لو استأجر شيئاً فعرض له التلف فاما أن يكون للجميع أو البعض قبل القبض أو بعده أولم يعرض له التلف ، ولكن عرض له نقصان في المنفعة أو عرض له ما يوجب زوال المنفعة كلها .

فهنا صور : الأولى : أن تلف العين المستأجرة لاستيفاء المنافع منها قبل القبض ، ولا اشكال في بطلان الاجارة ، لأن استيفاء المنفعة أحد العوضين ، فاذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع ، فاستيفاء المنفعة هنا كالقبض في البيع ، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع .

الثانية : ان تلف العين بعد القبض وقبل استيفاء شيء عن المنافع ، والحكم كما تقدم من بطلان الاجارة ، لفوات أحد العوضين .

الثالثة : أن يكون التلف بعد القبض واستيفاء بعض المنفعة والحكم فيها أنه يصح فيما قبضه ، ويبطل فيما بقي ومثله مالو تجدد فسخ الاجارة والحال كذلك ، ويرجع من الأجرة ما قابل المتخلف ، ويقسط المسمى على جميع المدة . قال في المسالك : وحيث يبطل البعض بقسط المسمى على جميع المدة ، ويثبت للماضي ما قابله منها ، ثم ان كانت متساوية الاجزاء فظاهر ، والا فطريق التقييد أن يقوم أجرة مثل جميع المدة ثم تقوم الاجزاء السابقة على التلف وينسب الى المجموع فيؤخذ من المسمى بتلك النسبة .

الرابعة : أن يتلف بعض العين خاصة فالحكم في التالف كما تقدم ويتخير عندهم في الباقي بين الفسخ لتبعض الصفة وبين امساك الحصة بقسطها من الأجرة . الخامسة : لولم يتلف شيء منها ولكن نقصت المنفعة بحدوث عيب كان ينقص ماء الأرض وماء الرحي أو عرجت الدابة أو مرض الأجير أو نحو ذلك ، والحكم أنه يثبت الفسخ للمستأجر كما هو المشهور .

قال ابن البراج : اذا استأجر رحي وآلتها وقل الماء الى ان أضر ذلك بالطحن ، وهو يطحن على ذلك نظرت في الضرر ، فان كان ضرراً فاحشاً كان له

ترك الاجارة ، وان كان غير فاحش ، كانت الاجارة لازمة له ، قال في المختلف : بعد نقل ذلك عنه ، والأجود ان له الفسخ ، سواء كان الضرر فاحشاً أو غير فاحش ، لأنه يتضرر ، وقد قال عليه السلام (١) « لا ضرر ولا ضرار » ثم أنه قال : فان استأجر رحي بآلتها فانكسر أحد الحجريين أو الدوارة كان له فسخ الاجارة ، فان عمل صاحب الرحي ما انكسر من ذلك وفسد قبل الفسخ لم يكن له بعد ذلك الفسخ ، ولكن يرفع عنه من الأجير بحساب ذلك ، فان اختلفا في مبلغ العطللة كان القول قول المستأجر الا أن ينكر الموجر ذلك ، والأجود أن له الفسخ بتبعض الصفة ، انتهى.

السادسة : ما لو عرض له ما يوجب زوال المنفعة كما لو استأجر أرضاً للزراعة الا أنه قد استولى عليها الماء بحيث لا ينحسر عنها مدة يمكن فيها الزراعة ، والظاهر أنه لا اشكال في بطلان الاجارة ، لأن من شروط الاجارة ان يكون للعين نفع يترتب عليها ، فكأنه استأجر ما لا نفع فيه ، فهو تضييع للمال ولو كانت مما ينقطع عنها الماء أحياناً ، فان علم مقدار ما ينقطع عنها الماء ، وتصلح للزراعة ، فالظاهر أنه لا اشكال في الصحة ، وإلا فلا للجهالة الموجبة للغرر ، والله سبحانه العالم .

الرابعة عشر : قالوا : يشترط تعيين المحمول بالمشاهدة أو الكيل أو الوزن والمراكب والمحمل وقدر الزاد ، وليس له البدل مع الفناء الا بالشرط ، ومشاهدة الدابة المركوبة أو وصفها وتعين وقت المسير ليلاً أو نهاراً .

أقول : تفصيل البحث في هذه الجملة هو أن يقال ، لا ريب في معرفة هذه المذكورات وتعيينها لترفع بذلك الجهالة الموجبة للغرر الموجب للبطلان في العقود ، فأما بالنسبة الى المحمول على الدابة ، فلا بد في اعتباره بأحد الثلاثة المذكورة في كل ما يناسبه ، الا أن بعض محققى المتأخرين صرح بأنه لا يكفي

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ١٦٤ ح ٤ ، الفقيه ج ٣

ص ٤٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ ح ٣ ،

ذلك على الاطلاق كما هو ظاهر كلامهم ، فأوجب في المشاهد امتحانه باليد تخميناً لوزنه ان كان في ظرف ، لما في الأعيان من الاختلاف في الثقل والخفة مع التفاوت في الحجم ، وأوجب في المعتبر بأحد الأمرين الآخرين أنه لابد من ذكر جنسه ، للاختلاف الفاحش باختلاف الاجناس ، وان اشتركت في كونها مكيلة أو موزونة قال : فان القطن معتبر من جهة اتفاخه ودخول الريح فيه فيزداد ثقله في الهواء والحديد يجتمع على موضع من الحيوان ، فربما عقره ، وتحمل بعض الاجناس أصعب من بعض ، والحفظ في بعضها كالزجاج أصعب ، وملخص الكلام في ذلك هو أنه لما كان الضابط التوصل في معرفة المجهول إلى ما يرفع الجهالة ، فلا بد من ذكر الجنس مع التقدير بأحد الأمرين المذكورين ، ليرتفع الجهالة بحذفها وهو حسن .

وأما بالنسبة الى المراكب والمحمل فللاختلاف بالثقل والخفة فلا بد في المراكب من الاعتبار بالمشاهدة أو الوزن مع عدمها ، قالوا : وفي الاكتفاء فيه بالوصف من فخامة وضخامة وطول وقصر ونحو ذلك وجهان أجودهما ذلك مع افادته للوصف التام الرافع للجهالة ، ولابد في المحمل بكسر الميم الثانية كمجلس ، واحد المحامل ، وهو شقان يوضعان على البعير ، يجلس فيهما المتعادلان ، من الاعتبار بالمشاهدة ، أو الوزن مع ذكر الطول والعرض ، لأختلافها في السهولة والصعوبة ، الا أن يكون متعارفاً معلوماً لاجهالة فيه فيصرف اليه الاطلاق ، وكذا الحكم أيضاً في الآلات التي يصحبها المسافر ، كالقربة والسفرة ، والأداة ونحو ذلك ، فانه لا يكفي مجرد ذكرها ، بل لابد من معرفة قدرها وجنسها الا مع جريان العادة بالحمل من غير مضايقة في ذلك .

وأما بالنسبة الى الزاد فلما عرفت أيضاً فلا بد من تعيين قدره ، لترتفع الجهالة وأما أنه ليس له بدله بعد الفناء الامع الشرط ، فان المتبادر من الزاد هو ما يستغنى به المسافر في طريقه ويكفيه وهو قد اشترطه ، والمراد بفنائه يعني بالكل

المعتاد ، وحينئذ لوفنى والحال هذه فانه ليس له ابداله ، لأن مرجع تقصيره الى فعله بنفسه ، أما لو كان فناء بنحو آخر كضيافة غير معتادة أو أكل غير معتاد أو سرقة أو سقط منه في الطريق فانه صرحوا بان له ابداله ، تنزيلاً للإطلاق على المعتاد المتعارف ، ويكون حكم البديل حكم المبدل في ذلك ، هذا كله مع عدم شرط الابدال ، وإلا فلا اشكال في الابدال عملاً بالشرط المذكور .

وأما بالنسبة الى مشاهدة الدابة أو وصفها مع عدم المشاهدة فلما في عدم ذلك من الجهالة لما علم من اختلاف الدواب في القوة والضعف والحزونة والسهولة وزاد بعضهم أيضاً اشتراط الذكورة والانوثة اذا كانت للركوب ، فان الأثنى أسهل والذكر أقوى ، قال: ويحتمل العدم ، لان التفاوت بينهما يسير فلم يكن معتبراً في نظر الشارع ، هذا فيما لو كانت الاجارة معينة .

أما لو كانت في الذمة بمعنى أنه استأجر للحمل على دابة الى الموضع الغلاني فانه لا يحتاج إلى وصف ولا مشاهدة ، بل الواجب عليه حمله ، وايصاله الى الموضع المذكور كيف اتفق على وجه لا يتضرر به ، فيضمن مع الضرر .

وأما بالنسبة الى تعيين وقت السير ، فلاختلاف الناس في ذلك الوقت الموجب للجهالة ، فان كانت هناك عادة يبنى عليها في سلوك تلك الطريق وجب الرجوع اليها واكتفى بها لانصراف الإطلاق اليها ، وإلا وجب تعيين الوقت لما ذكرناه .

نعم يشكل التعيين اذا اختلف السير ولم يمكن التعيين اليهما كطريق الحج فان مقتضى تحقيق بيان السير عدم صحة الاستيجار فيها ، الا أن يستقر العادة بسير مخصوص في تلك السنة ، بحسب ما يناسبها عادة ، من السير ، ولهذا أنه منع في التذكرة من الاستيجار في الطريق التي ليس لها منازل مضبوطة ، اذا كانت مخوفة لا يمكن ضبطها باختيارها ، والله سبحانه العالم .

الخامسة عشر: قد صرح جملة من الأصحاب بأن كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فهو على الموجر كالقنب والزام والحزام والسرّج أو البردعة في الدابة ،

ورفع المحمل ، وشدا لأحمال وحطها ، والقائد والسائق إن شرطه مصاحبته ، والمداد في الكتابة والخيوط في الخياطة ونحو ذلك ، وعلل بتوقف المنفعة الواجبة عليه بالعقد على ذلك فيجب من باب المقدمة ، وقيل : ان الواجب على الموجر انما هو العمل ، لأن ذلك هو المقصود من اجارة العين ، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب أدائها لأجلها إلا في مواضع نادرة ، ثبتت على خلاف الأصل ، كالرضاع ، والاستحمام ، والخيوط للخياطة ، والصبغ للصباغة ، والكش للتفحيج ، وحينئذ فالأقوى الرجوع الى العرف ، فان انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر لما عرفت .

أقول : الظاهر هو التفصيل في المقام بأن يقال : ان بعض هذه الاشياء على الموجر بلا اشكال ولا خلاف فيما أعلم ، مثل عمارة الحيطان والسقوف والابواب ونحو ذلك ، في اجارة المساكن ، ومجرى المياه ونحو ذلك في اجارة الأرضين ، والرحل والقتب ونحو ذلك مما تقدم في اجارة الدابة ، وضابطه كلما جرت العادة للتوطئة به للركوب وبعضها على المستأجر بغير خلاف يعرف ، ولا اشكال يوصف كالجبل لاستقاء الماء ، والدلو والبكرة ، وبعض قد وقع الخلاف فيه كالخيوط للخياطة ، والمداد للكتابة ، والصبغ للصباغة ، والكش للتفحيج ، وقد جزم في الشرايع بأنها على الموجر ، ومثله في اللمعة بالتقريب المتقدم ، حيث قال كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى الموجر ، ومثل له في النهاية من ما قدمنا ذكره في صدر المسئلة ، ومثل له في الشرايع بالخيوط في الخياطة والمداد في الكتابة ، وظاهر المسالك والروضة الرجوع في ذلك الى العرف ، فان انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر بالتقريب المتقدم ، وجزم في الشرايع بدخول المفتاح في اجارة الدار معللاً له بأن الانتفاع يتم به ، وهذا منه ، بناء على ما قدمنا نقله عنه من الكلية .

وفيه أن التعليل بتمامية الانتفاع لا يتم كلياً لأنه قد صرح سابقاً على هذا الكلام في الشرط الرابع بأنه يلزم موجر الدابة كلما يحتاج اليه في امكان الركوب من الرحل والقتب وآلته والحزام والزام ، قال : وفي رفع المحمل وشده تردد ،

أظهره اللزوم ، وحينئذ فكيف يتم ما ذكره هنا كليا .

ويؤيده ما صرحوا به من أن المنقول لا يدخل في اجارة الثابت الامع العادة أو التبعية ، ولهذا قال في المسالك بناء على ما قدمنا نقله عنه : عن عدم العمل بالكلفة المذكورة ، والأولى التعليل بأنه تابع للغلق المنبث ، بل هو كالجزء منه ، وهذا بخلاف مفتاح القفل ، فلا يجب تسليمه ولا القفل لانتفاء التبعية ، انتهى .

ثم انه قد صرح في المسالك بأنه يعتبر القائد والسائق مع العادة لهما ، أو لأحدهما ، وكذا يجب اعاقته على الركوب والنزول ، اما برفعه ان كان يمكنه ذلك وهو من أهله ، أو يترك الجمل ان كان عاجزاً أو قادراً ، ولكن لا تقتضى له العادة بذلك ، كالمراة والشيخ الكبير والمريض ، ولو كان المستأجر قويا يتمكن من فعل ذلك بنفسه لم يجب اعاقته ، كل ذلك مع اشتراط المستأجر على الأجير المصاحبة أو قضاء العادة بها ، أو كانت الاجارة للركوب في الذمة .

أما لو كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها حيث شاء ولم يقض العادة بذلك ، فجميع الأفعال على الراكب ، انتهى ولا بأس به والله سبحانه العالم .

السادسة عشر : لو أجز الدابة لدوران الدولار اقتصر الى مشاهدته ، أو وصفه بما يرفع الجهالة ، وكذا يشترط معرفة البئر بالمشاهدة أو الوصف ان أمكن ، وكذا لا بد من تقدير العمل بالزمان كيوم ونحوه ، الا أن يستأجر على أن يملأ بركة معينة معلومة بالمشاهدة أو المساحة .

قالوا : ولا يكفي المشاهدة في سقي البستان عن تعيين الزمان ، لحصول الاختلاف بقرب عهده بالماء ، وعدمه ، وبرودة الهواء وحرارته ، ولو أجز الدابة لحرث جريب معلوم ، فان كانت الاجارة لحرث مدة كفى تعيين المدة وتقديرها ، ولا يعتبر معرفة الأرض ، ولكن لا بد من تعيين الدابة المستعملة في الحرث اما بالمشاهدة أو الوصف الرافع للجهالة ، والا فلا بد من مشاهدة الأرض أو وصفها .

وعن التذكرة : الاعتبار بالمشاهدة ، ولم يكتف بالوصف محتجاً بأنها تختلف فبعضها صلب ، فيصعب حرثه على البقر ومستعملها وبعضها رخو سهل ، وبعضها فيه حجارة يتعلق بها السكة ، ومثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة ، دون الوصف ، وأنت خبير بما فيه ، فان ما ذكره من هذه الأشياء انما تعرف بالوصف لا المشاهدة ، لأن المشاهدة انما تقع على ظاهر الأرض ، وهذه الأشياء انما هي في باطنها والوصف آية عليها ، لأن المالك قد يطلع من باطنها على ما لا يظهر بالمشاهدة لظاهرها ، فيصفها بذلك .

وبالجملة فان ما ذكره من الاطلاع على هذه الأشياء لا يظهر بالمشاهدة ، وإنما يظهر بالعمل والحرث في الأرض ، وهو فرع صحة الاجارة ، ويمكن التوصل الى ذلك باختبارها بالحفر في مواضع من الأرض على وجه يرفع الغرر .

المادة عشرة : إذا استأجر دابة للسير عليها فهنا أحكام ، منها : أنه لو أسرع في السير عليها زيادة على عادة أمثالها بحسب نوعها ووصفها في تلك الطريق ، أو ضربها زيادة على العادة ، أو كبجها باللجام من غير ضرورة ، ضمن ، لأن ذلك تعد باعتبار حمل الاطلاق على المعتاد ، وظاهر التذكرة على ما نقل عنها المنع من الضرب مطلقاً ، حيث حكم بالضمان بالضرب مطلقاً محتجاً بأن الأذن مشروط بالسلامة ، وفيه أن مقتضى الاجارة الوقوف على العادة ، وعدم حصول التعدي الا بتعديها ، والضرب المعتاد لا يستلزم ضماناً .

والمراد بكبح الدابة باللجام جذبها به ، لتقف عن السير ، قال في الصحاح : كبحت الدابة اذا جذبتها اليك باللجام ، لكي تقف ، ولا تجرى .

ومنها أنه لو مات الدابة انفسخ العقد ، ان وقع على دابة معينة ، بخلاف ما لو كان المستأجر عليه في الذمة ، بمعنى كون الاجارة مطلقة كالاستيجار على الركب ، فانه يجب عليه ركابه على دابة غيرها الى تمام المقصد ، ولا تعين المطلقة بالتعيين والتسليم بحيث يكون الركوب منحصراً فيها ، ولهذا يجوز

للمالك تبديلها .

والظاهر ان تعذر استيفاء المنفعة المشروطة على الوجه المتعارف لمرض أو ضعف أو نحو ذلك في معنى الموت أيضاً ، فينفسخ الاجارة في صورة التعيين ، ويحتمل الابدال خصوصاً مع التراضي ، والظاهر أيضاً أنه لخصوصية اللداية في الصورة المذكورة ، بل يجري الحكم في الراكب والحمل المعين ، فينفسخ العقد بتلفهما ، ومنه تلف الصبي المرضع في صورة الاستيجار لارضاعه .

ومنها أن ظاهر كلام جملة من الأصحاب أنه لا بد من تعيين الراكب إذا كان الاستيجار للركوب بمشاهدته أو وصفه ، وعلل باختلاف الاغراض في الراكب .

قال في التذكرة بعد ان اشترط المعرفة بالمشاهدة ونقل عن بعض الشافعية الاكتفاء بالاوصاف الرافعة للجهالة ما صورته : والأصل في ذلك أن نقول : إذا أمكن الوصف التام للقائم مقام المشاهدة كفي ذكره عنها ، والا فلا ، ثم أنه يجوز للمستأجر أن يركب غيره إذا كان الاستيجار للركوب من غير تخصيص أحد بكونه هو الراكب ، الا أنهم صرحوا بأنه يشترط في الغير الذي له أن يركبه أن يكون مساوياً أو أخف ، ولو كان أثقل لم يجز الا بالاذن ، والا كان ضامناً فيأثم ويضمن ، وكذا في صورة التخصيص بأحد ، لو خالف أثم وضمن .

أقول : الحكم بما ذكره في صورة التخصيص ظاهر للمخالفة ، وأما في صورة الاطلاق فاشترط ما ذكره مشكل ، لصحيفة علي بن جعفر (١) عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفتت ما عليه ؟ قال : ان كان اشترط أن لا يركبها غيره ، فهو ضامن لها ، وان لم يسم فليس عليه شيء ، فانه كما ترى ظاهرة في أنه مع الإطلاق يجوز له اركاب غيره مساوياً أو أخف أو أثقل ، فان ترك الاستفصال دليل العموم في المقام ، كما

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩١ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٥ ح ٢٤ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٥٥ ح ١ .

هو متفق عليه بينهم ، وهي أيضاً ظاهرة في عدم ما ذكره من اشتراط المشاهدة أو الوصف في الراكب كما قدمنا نقله عنهم بالتقريب المذكور ، والظاهر جريان هذه الاحكام المذكورة في استيجار البيت للسكنى من اطلاق وتقييد ، وما يتفرع عليهما بتقريب ما تقدم .

ومنها أن الظاهر من كلام جملة من الأصحاب أنه يجب على المستأجر سقي الدابة وعلفها فلو أهمل ضمن ، بمعنى أن ذلك لازم له من ماله بدون الشرط من غير أن يرجع به على المالك .

وظاهر جملة منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والمحقق الثاني في شرح القواعد وجوب ذلك على المالك إلا مع الشرط ، لأن الأصل عدم الوجوب على غيره ، ثم إن كان حاضراً معه والا استأذنه في الانفاق ورجع عليه أو الحاكم مع تعذره ، حسب ما تقدم في الرهن والوديعة .

وظاهرهم الاتفاق مع عدم حضور المالك على وجوب قيام المستأجر بذلك ، لوجوب حفظ الدابة من حيث كونها نفساً محترمة ، و وجوب حفظ مال الغير إذا كان تحت يده ، وإنما الخلاف في الرجوع على المالك بالتفصيل المتقدم وعدمه ، والمسئلة لا يخلو من اشكال ، لعدم دليل واضح من النصوص في هذه المجال ، وإن كان القول الثاني لا يخلو من رجحان لتأييده بالأصل ، ويمكن أن يستفاد ذلك من صحيحة أبي ولاد الآتية في المقام انشاء الله تعالى لقوله (١) عَلَيْهِ السَّلَامُ لما قال السائل إني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ، فقال : عَلَيْهِ السَّلَامُ لا إنك غاصب ، ومفهومه أنه لو لم يكن غاصباً فإن له طلبه من المالك في الصورة المفروضة ، لأنه إنما نفي استحقاقه للمطالبة من حيث الغصب ، إلا أنه لا يخلو من خدش أيضاً أقول : والظاهر أن الكلام في نفقة الأجير كذلك ، وسيأتي الكلام في ذلك انشاء الله تعالى .

ومنها ما إذا استأجر دابة واستوفي حقه منها وأمسكها بعد مضي المدة فهل الواجب عليه ردها وأنه مع امساكها وعدم ردها يكون ضامناً لها ولنفقتها، أو أنه لا يجب عليه الرد وإنما يجب عليه رفع اليد عنها إذا اراد صاحبها استرجاعها؟ قولان : وقد مضى تحقيق الكلام في ذلك في الموضوع الخامس من المطلب الأول من هذا الكتاب .

ومنها أنه إذا استأجر دابة الى موضع معين فتجاوز الى ما زاد عليه فعليه أجره المثل في الزيادة ، وضمان العين ان تلفت ، والأثران نقصت ، لأنه غاصب وليس له الرجوع بما أنفق عليها مدة الغصب ، ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه ، أو يمينته ، والأصل في هذه الاحكام ما رواه في الكافي في الصحيح عن أبي ولاد (١) قال : اكرتت بغلاً الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا ، وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبى توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبرت أنه قد توجه الى بغداد ، فأتبعته فلما ظفرت به وفرغت مما بينى وبينه رجعت الى الكوفة ، وكان ذهابى ومجيبى خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذرى وأردت أن أتحلل منه ما صنعت ، وأرضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل فترا ضينا بأبى حنيفة ، فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل ، فقال لي : وما صنعت بالبغل ؟ قلت : قد دفعته اليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشرة يوماً ، قال : فما تريد من الرجل قال : أريد كرى بغلي فقد حبسها خمسة عشر يوماً ، فقال : لا أرى لك حقاً لأنه اكرأه إلى قصر ابن هبيرة فخالف ور كبه الى النيل ، والى بغداد ، فضمن قيمة البغل ، وسقط الكرى ، فلما رد الرجل البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى ، قال : فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع ، فرحمته بما أفتى به أبو حنيفة وأعطيته شيئاً وتحللت منه ، وحجبت في تلك

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ ج ٦ ، التهذيب ج ٢ ص ٢١٥ ج ٢٥ ، الوسائل ج ١٣

السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة فقال : لي في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مائها ، وتمنع الأرض بركتها ، قال : فقلت لأبي عبد الله عليه السلام : فما ترى أنت قال : أرى أن له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النبل ، ومثل كرى البغل راكباً من النبل إلى بغداد ، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة ، توفيه إياه ، قال : فقلت جعلت فداك : قد علقته بدراهم ، فلي عليه علفه ؟ قال : لا ، لأنك غاصب ، فقلت : أرايت لو عتب البغل أو نفق أليس كان يلزمني ، قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته ، قلت : فان أصاب البغل كسر أودبر أو غمز فقال : عليك قيمة ما بين الصحيح والمعيب يوم ترده عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك قال : أنت وهو ، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك ، وإن رد اليمين عليك فحلقت على القيمة فيلزمك ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين كرى كذا وكذا فيلزمك ، قلت : اني كنت أعطيته دراهم ورزني بها وحللني فقال : إنما رضي بها وحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم ، ولكن ارجع اليه وأخبره بما أفتيك به ، فان جعلك في حل بعد معرفته ، فلا شيء عليك بعد ذلك ، قال : أبو ولاد فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري وأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السلام وقلت له : قل ما شئت أعطيكه فقال : قد حببت الي جعفر بن محمد عليه السلام ووقع في قلبي له التفضيل . وأنت في حل وإن أحببت أن أرد عليك الذي أخذته منك فعلت .

أقول : ما دل عليه الخبر من أن القول في القيمة مع التلف قول المالك يمينه ، خارج عن مقتضى القواعد الشرعية ، لأنه مدع ، ووظيفته البينة ، ومع عدمها فالقول قول المستأجر يمينه ، لأنه منكر ، ومن ثم اختلف الأصحاب هنا في ذلك ، فذهب في النهاية إلى العمل بالخبر ، وجعل مقصوداً على مواده ، وهو الدابة ، وذهب ابن إدريس إلى أن القول قول المستأجر لأنه منكر ، ولم يفرق بين الدابة وغيرها ، وتبعه المتأخرون كالفاضلين ونحوهما غيرهما .

وأطرحوا الخبر من البين ، والمسئلة لا تخلو من الاشكال ، وان كان ما ذهب اليه الشيخ لا يخلو عن قوة لصحة الخبر ، وصراحته ، فينخصص به عموم القاعدة المذكورة ، كما خصصوها في مواضع عديدة .

وما تضمنه الخبر من أنه مع التلف يضمن قيمة البغل يوم خالفه يؤيد القول المشهور في المسئلة ، وهي ما إذا تعدى في العين المستأجرة فانه يضمن قيمتها وقت العدوان ، تنزيلاً له منزلة الغاصب ، فانه يضمن ، قيمة المغصوب يوم الغصب .

وقيل ، انه يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى حين التلف .

وقيل : قيمتها يوم التلف ، وما أفتى به أبو حنيفة في هذه المسئلة مبني على مذهبه من أنه يملكها بالضمنان ، فيذهب الضمان بالأجر ، وخالفه الشافعي ووافق الامامية ، وانما حكم ^{الرجل} في الخبر بأجرة المثل من الكوفة ، لأنه لم يقطع من الطريق المستأجر عليها شيئاً ، لأنه عدل عنها من قنطرة الكوفة الى النيل ، فلا يستحق من المسمى شيئاً ، ولو كان قد قطع منها شيئاً أخذ من الأجرة بالنسبة .

وفى الخبر أيضاً دلالة على بطلان الصلح مع عدم تمكنه من أخذ حقة ، لأن حقه هنا ثابت شرعاً ولكن فتوى أبي حنيفة قد حال بينه وبين أخذه ، وهو مما لا خلاف فيه ولا اشكال كما تقدم في كتاب الصلح ، والله سبحانه العالم .

الثامنة عشر : الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب بل وغيرهم في جواز اجارة الآدمي وان كان على كراهة بالنسبة الى اجارته نفسه ، وقد تقدمت الأخبار الدالة على ذلك في صدر هذا الكتاب ، ولا فرق بين الحر والمملوك ، ولا بين الذكر والأنثى ، وأنه متى كانت أنثى فالظاهر أنه يحرم على المستأجر منها جميع ما يحرم عليه قبل الاجارة ، الا أن السلامة في القواعد والمحقق الثاني في شرحه قد صرحا باستثناء النظر الى المملوكة باذن المولى ، واستشكل فيه بعض محققى متأخرى المتأخرين ، لعموم الدليل ، فانه ليس بعقد ولا تملك ، الا أن يجعل الاذن تحليلاً وهو جيد .

وبالجملة فإن عقد الاجارة انما لحلل الخدمة والعمل وأباحهما ، وأما غيرهما مما هو محرم قبل الاجارة فانه يبقى على تحريره واختلفوا في نفقة الأجير المستأجر للسعي في حوائج المستأجر فقيل : بأنها على الأجير وهو اختيار العلامة في التذكرة والقواعد وشيخنا في المسالك ، وهو ظاهر المحقق الأردبيلي أيضاً ، وهو مذهب ابن ادریس ، وعلل بأن العقد انما وقع على العمل باجرة معينة ولم يقتضى العقد سواها ، فإدخال غيرها في مقتضى العقد المذكور يحتاج الى دليل ، ولا دليل .

نعم لو كان ثمة عادة مستمرة أو قرينة صريحة أو شرط ذلك على المستأجر فلا اشكال في ذلك ، وقيل : بأنها على المستأجر الا أن يشترطها على الأجير ، وبه صرح في الشرايع والأرشاد وجماعة من الأصحاب أولهم النهاية وعلل باستحقاق المستأجر جميع منافعه المانع من النفقة ، لأنه متى كان زمانه مستوعباً بالعمل للمستأجر لم يبق له زمان يحصل فيه ما يحتاج اليه من النفقة ، ورد بأن استحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جلته الأجرة .

واستدل أيضاً على ذلك بما رواه الكليني والشيخ عن سليمان بن سالم (١) قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلاً بنفقة ودرهم مسماء على أن يبعثه الى أرض ، فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر ، فنظر الأجير الى ما كان ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه فكافأه الذي يدعوه ، فمن مال من تلك المكافاة ؟ أمن مال الأجير أم من مال المستأجر ؟ فقال : ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، والا فهو على الأجير ، وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماء ، ولم يفسر شيئاً على أن يبعثه الى أرض أخرى فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب أو الحمام فعلى من ؟ قال على المستأجر .

ورده بعض محقق متأخرى المتأخرين بضعف السند ، بالرأى المذكور ، فانه

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٢ ح ١٥ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٥٠ ح ١ .

مهمل في كتاب الرجال ، وعدم الصراحة في المدعى ، قال : بل ربما حملت على الشرط ، قال في المسالك بعد ذكر القول بالوجوب على المستأجر والأقوى أنه كغيره لا يجب نفقته إلا مع الشرط ويمكن حمل الرواية مع سلامتها عليه .

اقول : ولعل وجهه أن الاستيجار بالنفقة في قوة شرطها على المستأجر وكيف كان فالرواية المذكورة لما فيه من الاجمال والتدافع فما اشتملت عليه من المقال لا يخلو الاعتماد عليها من الاشكال .

وبيان ذلك أن مقتضى قوله في السؤال الأول ، وكذا في الثاني استأجره بنفقته أن ما ينفقه في تلك المدة انما هو من ذلك المبلغ الذي وقع الاستيجار به وجعله المستأجر نفقة له ، فلا يستحق الرجوع به لأنه في معنى المشروط على المستأجر ، فيكون من مال المستأجر ، ومقتضى قوله في السؤال الأول ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، هو أن النفقة على المستأجر بمعنى أنه يرجع بها الأجير على المستأجر ، لأن حاصل معنى الكلام المذكور أن الأجير بعد أن اضاف ذلك الرجل الذي من أصحابه أراد أن يكافيه ، فنظر الى ما ينفقه على نفسه في تلك المدة لولم ينفقه ، فدفعه إلى ذلك الرجل مكافاة له ، والامام عليه السلام حكم بأنه ان كان جلوسه في الضيافة لمصلحة المستأجر فمادفعه مكافاة على المستأجر يرجع به عليه ، والأف هو على الأجير ، بمعنى أنه لا يرجع به ، وهو وان كان ظاهراً فيما ادعاه المستدل بالرواية ، إلا انه ينافيه ما تقدم في صدر الخبر من أنه استأجره بنفقة ودراهم ، فان الظاهر أن المعنى فيه أنه استأجره بشيء ينفقه على نفسه ، ودراهم في مقابلة السعي في عمله ، وتحصيل غرضه ، ومقتضاه أنه لا يرجع بما أنفقه سواء أكله أو أعطاه مكافاة أو غيرها ، على أن تلك المكافاة انما كانت تبرعاً من الأجير فهو من ماله ، وهذه منافاة أخرى ، وظاهر الخبر أيضاً اشتمل على ما لا يقوله الأصحاب من الاجمال في النفقة المستأجر بها ، فانهم يوجبون التعيين لرفع الجهالة ، ودفع الغرر .

قال في التذكرة والقواعد لا يجوز الاستيجار بنفقته وطعامه مالم يعين .
وقال في التذكرة : ولا يجوز ابطال من الخبز لعدم جواز السلم عندنا
فيه ، فلا تجوز بالاجارة ، وقال في موضع آخر : اذا استأجر في موضع أجيراً بطعامه
وكسوته فان قدرا ذلك وعلماه صح العقد وان لم يقدره بطل العقد الى أن قال
ولا فرق بين أن يستأجره بالنفقة والكسوة وبين أن يجعلهما جزءاً من الأجرة
واذا استأجره بهما صح اجماعاً ووصفهما كما يوصف في السلم وان لم يشترط
طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه ، انتهى .

وبالجملة فالموافق لقواعدهم هو وجوب التعيين لدفع الجهالة والغرر
اللذين يوجبون الاحتراز عنهما في العقود .

بقي الكلام في السؤال الثاني « فان حملت النفقة » وان كان خلاف ظاهر
الخبير على ما يدخل فيه أجرة غسل الثياب والحمام وبحود ذلك مما يحتاج اليه
الانسان غالباً ، فينبغي حمل قوله على المستأجر على معنى أنها من النفقة التي
استوجر بها ، والا فلامعنى لكونها على المستأجر يرجع بها الأجير عليه ، مع
كونه استأجره بها ، وان حملت على أن المراد بها ما عدا ذلك من المأكل
 والملبس ونحوهما ، وهو الظاهر من سياق الخبر ، فظاهر كون تلك الاشياء على
المستأجر هو أن الأجير يرجع بها على المستأجر ، لعدم دخولها فيما استوجر به
وهو النفقة .

وفيه دلالة على أنه لو لم يستأجره بالنفقة بل بأجرة في الجملة ولم يشترط
النفقة عليه ، فانه يرجع بالنفقة كما أدعاه المستدل بالخبير ، لأنه اذا كان له
الرجوع بمثل أجرة غسل الثياب والحمام فله الرجوع بما يحتاج اليه في الأكل
 والملبس بطريق أولى لانها اضرب البتة ، وهنا إنما امتنع الرجوع بها من حيث أنه
استوجر بها فمع عدم الاستيجار بها وعدم شرطها على المؤجر يرجع بها على
المستأجر ، وحينئذ يمكن أن يجعل ذلك لموضع الاستدلال بالخبير المذكور ،
 والله سبحانه العالم .

التاسعة عشر : صرح بعض الأصحاب بأنه لو استأجره لعمل من الأعمال كالكتابة والخياطة ونحوهما من الأعمال التي يختلف فيهما العمال بالجودة والحسن وعدمهما والسرعة والبطؤ ونحوهما ، فانه لا يصح جعل الاجارة مطلقة بأن يكون في الذمة ، بمعنى تحصيل العمل بمن شاء لما يعلم من الاختلاف الكثير بين العمال فيما ذكرناه ، فيتجهل العمل ويحصل الغرر ، بل يجب تعيين العامل سواء كان هو الموجد أو غيره ، اذا امكن حصول النفقة منه ، للائتضاظ بذلك وارتفاع الغرر ، وكذا يجب تعيين الضايغ اذا استأجره مدة ، بمعنى أن يعمل له هذا العمل في مدة محدودة بلا زيادة ولا نقصية ، لانه مع الاطلاق وتفاوت العمال في السرعة والبطؤ واختلافهم في ذلك كثيراً يحصل الغرر أيضاً ، وتعيين العامل ومعرفة ما هو عليه من السرعة والبطؤ في عمله يزول ذلك .

ولو استأجره على علم معين كنسخ هذا الكتاب المعين وخياطة هذا الثوب المخصوص ، فانه من حيث كون المانع ما ذكرنا أولاً هو اختلاف الصانع في السرعة والبطؤ الموجب للزيادة في العمل والنقصية ، فان الظاهر أنه تصح الاجارة في هذه الصورة المفروضة ، لأن هذا الاختلاف غير قادح هنا ، فان الغرض حصول هذا العمل المعين ، أما من حيث كون المانع هو تفاوتهم في الصنعة والجودة ، والردائة ، فانه لا يصح هنا بل لا بد من تعيين الصانع ليرتفع هذا الغرر .

قال في المسالك بعد ذكر المصنف أصل المسئلة : وهذه المسئلة قل من تعرض لها غير المصنف ، نعم ذكرها الشافعي في كتبهم .

أقول : قد عرفت آنفاً أن اكثر هذه التعريفات في الكتب المتقدمة والآية وان وقعت من الشيخ والمرضى والعلامة وغيرهم ، الا أنها كلها ماخوذة من كتب العامة أخذوا منها ما استحسنوه ، وكتب متقدمي أصحابنا انما اشتملت على مجرد نقل الاخبار كما لا يخفى على من جاس خلال تلك الديار ، والله سبحانه العالم .

العشرون : قالوا إذا استأجره على حفر بئر فلا بد من تعيين الأرض وقدر نزول البئر وسعتها وهل المراد بالتعيين المشاهدة أو ما هو أعم ، فيشمل الوصف الرافع للجهالة ، احتمالان : وقد ذكروا في استيجار الأرض للحرث نحو ذلك ، وبعضهم ذكر هنا المشاهدة بخصوصها مع ذكره التعيين بقول مطلق في الارض ، وبعضهم عكس .

وكيف كان فانه لا يخفى أن المشاهدة إنما تأتي على ظاهر الأرض دون الباطن وارتفاع الجهالة باعتبار معرفة صلابة ظاهر الأرض ورخاوتها لا يفتنى عما يتجدد بعد الحفر من الزيادة على ذلك ، والنقيصة مما لا يمكن معرفته ، الا بالعمل .

وبه يظهر أن الوصف أضبط من المشاهدة إذا أمكن اطلاع المستأجر على الباطن بكثرة الممارسة ، قالوا : ولو أنهارت أوبعضها لم يلزم الأجير ازالة ذلك ، بل ذلك على المالك ، لأن الأجير قد أتى بما استوَجِرَ عليه ، وامتل ما تضمنه العقد ، ولا يكلف بما زاد عليه ولو حفر بعض البئر ثم تعذر حفر الباقي لصلابة الأرض أو مرض الاجير أو نحو ذلك ، فالمشهور أن له من الأجرة المسماة في العقد بنسبة ما عمل الى المجموع ، فيستحق من الأجرة المسماة بتلك النسبة ، وطريق معرفة ذلك أن يقوم جميع العمل المستأجر عليه ، ويقوم ما عمله منفرداً ، وينسب الى المجموع فينسب أجرة مثل ما عمل الى أجرة مثل المجموع ، ويستحق الأجير من المسمى بتلك النسبة .

الا أنه روى في الكافي والتهذيب عن أبي شعيب المحاملي عن الرفاعي (١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً يحفر له بئراً عشر قامات بعشرة دراهم ، فحفر له قامة ثم عجز ، قال : يقسم عشرة على خمسة وخمسين جزء فما أصاب واحداً فهو للقامة الأولى ، والاثنين للثانية ، والثلاثة للثالثة ، وعلى هذا

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٣٣ ح ٢٢ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٨٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٣

الحساب الى العشرة ، ورواه في الكافي بطريق آخر عن أبي شعيب عن الرقاعي (١) « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً يحفر بئراً عشر قامات بعشرة دراهم فحفر قامة ، ثم عجز فقال : جزء من خمسة وخمسين جزء من العشرة دراهم » .

والظاهر أن مبنى هذه الرواية على تزايد الصعوبة في الأرض ، فكل قامة نزلت أصعب عما فوقها فلهذا جعل عليه السلام لكل واحدة زيادة على ما فوقها بجزء ، فأمر بقسمة العشرة دراهم على خمسة وخمسين جزء ، فللقامة الأولى جزء ، وللثانية جزآن ، وللثالثة ثلاثة ، وللرابعة أربعة ، وللخامسة خمسة ، وللسادسة ستة ، وللسابعة سبعة ، وللثامنة ثمانية ، وللتاسعة تسعة ، وللعاشرة عشرة ، وإذا ضمنت هذه الأجزاء الموزع عليها بعضها إلى بعض وجدتها خمسة وخمسين ، بلا زيادة ولا نقصان .

والظاهر أن الأصحاب إنما أعرضوا عن هذه الرواية من حيث ابتنائها على هذا الأمر الخاص مع أنها حكم في واقعة معينة ، فلا يتعدى ، ولهذا ان الشيخ في النهاية اقتصر على نقل الرواية ولم يذكرها بطريق الفتوى ، كما هي قاعدته في الكتاب المذكور ، فلا يتعين كون ذلك قولاً في المسئلة كما يفهم من عبارة الشرايع ، حيث قال : وفي المسئلة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة .

وفي المبسوط قد وافق الأصحاب فيما أفتوا به هنا ، فقال : فان لم يمكن حفره ، انفسخ العقد فيما بقي ولا ينفسخ فيما حفر على الصحيح من الاقوال ، ويقسط المسمى على أجرة المثل ، لأن الحفر يختلف ، فحفر ما أقرب من الأرض أسهل ، لأنه يخرج التراب من قرب ، وحفر ما هو أبعد أصعب ، فان كان أجرة المثل على ما بقي عشرة وفيما حفر خمسة أخذ ثلث المسمى ، وقد روى أصحابنا في مثل هذا مقدار ما ذكرناه في النهاية .

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٢٢ ح ٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨٤ ح ١ .

وقال ابن ادریس : الأولی ما ذكره الشيخ في المبسوط وهو المعتمد ، وتحمل الرواية على ما إذا كانت الاجارة في ذلك الوقت قة قسط كذلك ، والله سبحانه العالم .

الحادية والعشرون : في الاستيجار للارضاع والكلام فيها يقع في مواضع : الأول : الظاهر أنه لا خلاف في جواز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج ، وإنما الخلاف فيما لو كان بغير اذنه ، فقيل : بالجواز ، والظاهر أنه هو المشهور وذهب في المبسوط والخلاف الى عدم ، قال : لأنه لا دليل على صحتها ولأن المرأة معقود على منافعتها لزوجها بعقد النكاح ، فلا يجوز لها ان تعقد لغيره فيخل ذلك بحقوق زوجها ، وتبعه ابن ادریس وجماعة .

والظاهر أن القول الأول أقوى ، لأنها عاقلة مالكة لمنافعها من رضاع وغيره ، وعموم أدلة الوفاء بالعقود كتاباً وسنة شامل لها ، نعم متى نافي ذلك شيئاً من حقوق الزوج المواجهة عليها امتنع ذلك بلا اشكال ، للمنافاة وسبق حقه ، وبه يظهر ما في تعليله الثاني من قوله لأن المرأة معقود على منافعتها ، فانه على اطلاقه ممنوع ، إذ الزوج لا يملك سوى منافع الاستمتاع ، كذا ما في تعليله الأول من عدم الدليل ، فان الدليل كما سمعت ظاهر في المدعى ، وتخصيصه يحتاج الى دليل ، وغاية ما ثبت من الدليل الدال على التخصيص ما إذا أوجب ذلك الاخلال بحقوق الزوج الواجة عليها .

ثم انه لو وقعت الاجارة على الوجه المذكور ، ومنع ذلك شيئاً من حقوقه ، فهل يحكم ببطالان العقد أن الزوج يتسلط على الفسخ ؟ قولان : وبالأول صرح العلامة في القواعد ، والثاني اختياره في المسالك ، وهو الأوفق بقواعد الأصحاب ، ولو سبق الاستيجار للرضاع على النكاح ، فلا اعتراض للزوج ، لاستحقاق منفعة الرضاع ، وملكها قبل عقده بها ، وله الاستمتاع بما فضل عن ذلك ، فلو تضرر الصبي بترك الرضاع باستمتاع الزوج كان للولي منع الزوج لما عرفت من تقدم حقه ، أما مع عدم التضرر فلا .

وهكذا الكلام فيما لو استأجر السيد أخته للارضاع ، ثم زوجها قالوا :
وكل موضع يمنع فيه الزوج من الاستمتاع لأجل الرضاع ، فانه تسقط النفقة
عنه في تلك المدة ، لعدم التمكين التام .

الثاني : هل يشترط ذكر الموضع الذي يقع فيه الارضاع ؟ قيل : نعم ،
وتردد فيه في الشرايع ، وعللوا الاشتراط بأن مواضع الارضاع تختلف بالسهولة
والصعوبة ، والنفع ، فان بيت المرضعة أسهل عليها ، وبيت الولي أوثق له ،
وأنت خير بما في هذه التعليقات من عدم صلاحيتها لتأسيس الاحكام الشرعية
كما عرفت فيما تقدم ، ووجه التردد من حيث ما ذكروا من أن الاصل عدم
الاشتراط ، قال في المسالك : والاقوى الاشتراط ، ولا يخفى ما فيه ، والتمسك
بالأصل أقوى مستمسك حتى يقوم دليل على الخروج عنه ، والخروج عنه بهذه
التعليقات مجازفة ظاهرة ، سيما مع ما عهد من ارتضاع النبي (صلى الله عليه وآله
وسلم) واطلاق الأخبار الواردة باستيجار الطئير .

الثالث : قد صرح الاصحاب بأنه لا بد في صحة عقد الاجارة على الارضاع
من مشاهدة الصبي المرتضع ، قيل : ويكفي الوصف أيضاً وزاد اخرون اشتراط
مشاهدة المرضعة .

والظاهر أن الجميع تقييد للنصوص من غير دليل ، وكأنهم بنوا في ذلك
بالنسبة الى الصبي على اختلاف كثرة ما يشرب وقلته بالنسبة الى صغره وكبره ،
وبالنسبة الى المرضعة الى اختلاف النساء في الصفات المأمور بها ، والمنهي عنها في الأخبار
من الوضائة ، والحسن ، والرعونة ، والحماقة ، والقبح ، ونحو ذلك ، مما قيل
بتأثيره في الولد ، وهو وإن كان كذلك ، الا أن اطلاق أخبار الاسترضاع يدفعه .

الرابع : منع في المبسوط من جواز أن يستأجر الرجل زوجته لارضاع
ولده وجوز ذلك بعد البيئونة لأنها أخذت عوضاً منه في مقابلة الاستمتاع ،
وعوضاً آخر في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، وسوغه المرتضى وابن اديس

قال في المختلف : وهو المعتمد ، لنا الأصل الجواز ، وقوله تعالى (١) « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن » الآية وهو عام والعوض المأخوذ ليس في مقابلة التمكين ، بل في مقابلة الارضاع ، وسواء منع شيئاً من حقوقه ام لا ، لأنه رضى بذلك ، وقد تقدم جوازه مع الرضا ، انتهى .

أقول : ويؤيده أن الرضاع غير واجب على الأم ، كما صرحوا به ودل عليه النصوص أيضاً ، والزوج لا يملك منها ، سوى منافع الاستمتاع ، فتكون فيما سوى ذلك كالأجنبية فارضاعها له مع عدم التبرع به موجب للأجرة ، كالأجنبية ، ويدل عليه قوله عز وجل (٢) « فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن وما رواه في الكافي والفقيه (٣) » قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام « عن الرضاع ؟ قال : لا تجبر الحرة على رضاع الولد وتجبر أم الولد » وتحقيق الكلام في ذلك يأتي في محله اللابق به انشاء الله تعالى .

الخامس : قال في المبسوط : لو استأجر ظئراً للارضاع لم يلزمها غيره ، وان شرط في العقد الحضانة مع الرضاع لزمها الأمران ، فترضع المولود وتراعى أحواله في تربيته وخدمته ، وغسل ثيابه وخرقه وغيرها من أحواله .

وقال ابن الجنيّد ، وإذا شوطت على الرضاع فقط لم يكن عليها غير ذلك إلا أن يكون قد اشترط دفع الصبي إليها أي الى منزلها ، فيكون عليها تخريجه وغسل ثيابه وما لا بد للصبي منه ، إلا أن تشرط هي لذلك أجرة على وليه .

قال في المختلف بعد نقل ذلك : وتفصيل ابن الجنيّد جيد ، إذ الظاهر والعرف يقضى أن الصبي اذا كان في منزلها اضطر الى الحضانة ، وكانت لازمة لها انتهى .

(١) سورة البقرة - الآية ٢٣٣ .

(٢) سورة الطلاق - الآية ٦ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٠٨ ح ٢٤ ، التهذيب ج ٦ ص ٤٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥

السادس : لا اشكال في بطلان الاجارة بموت الصبي المرتضع لقوات ما تعلق العقد باستيفاء المنفعة له ، وأما موت المرضعة فيمنى على الاستيجار لها من التعيين والاطلاق فان كان الاستيجار بعينها وخصوصها فلا اشكال في البطلان ، وعليه يحتمل اطلاق من أطلق البطلان بموتها ، والحكم في موتها والحال كذلك كالدابة المستأجرة للر كوب ، وان كان الاستيجار في الذمة بمعنى أن عليها تحصيل هذا العمل بنفسها أو غيرها ، فالظاهر بقاء الاجارة كما في نظائر هذا القسم من الاجارات المتعلقة بالذمة ، وحينئذ فيؤخذ ما يقوم به من تركتها لأنها صارت مشغولة الذمة بذلك ، كساير الديون المتعلقة بالذمة ، فانها بعد فوات الذمة ينتقل الى المال ، ويتعلق به كما صرحوا به فيؤخذ أجره المثل لما بقى من المدة من أصل مالها ، ويدفع الى ولي الطفل .

واحتمل بعض الأصحاب وجوب استيجار وليها على الارضاع من مالها ، قال : لأن الواجب في ذمتها هو الارضاع ولم يتعذر ، وإلا لانفسخت الاجارة ، وأما موت الأب فيمنى على الخلاف المتقدم في بطلان الاجارة بموت المستأجر وعدمه ، وقد تقدم أن الأظهر العدم .

والعجب من ابن ادريس حيث أنه ممن اختار القول بعدم بطلان الاجارة بموت المستأجر ، وحكم هنا ببطلان الاجارة بموت أب المرتضع محتجاً بالاجماع على أن موت المستأجر يبطلها ، والمسئلة في الموضعين واحدة ، وانما هذه من جزئيات تلك المسئلة فما ذكره تحكّم محض ، وتناقض صرف ، نعم ذكر بعض محققى الأصحاب أنه لو كان الولد معسراً واستأجر الأب عليه بمال في ذمته أو في ذمة الأب ولم يخلف الأب تركه ، توجه جواز فسخها ، لا أنها تبطل بذلك وهو جيد .

السابع : قال الشيخ : اذا استأجر الظئر للارضاع بالنفقة والكسوة صح مع علم المقدار بالنفقة والكسوة ، وكذا قال ابن ادريس ، وقال في المختلف بعد

نقل ذلك : وهو جيد ، لأن الجهالة في أحد الموضين مبطله ، وكذا لو استأجر أجيراً بطعامه ، ثم نقل عن ابن الجنيد أنه قال لا بأس باستيجار الانسان بطعامه وكسوته ، كالظئر والغلام وان لم يسم قدر اللبن من الظئر ، ولا قدر الطعام للأجير ، ثم قال العلامة : أما قدر اللبن فجيد ، لأن ذلك مجهول لا يمكن ضبطه وأما طعام الأجير فممنوع ، انتهى .

أقول : ويمكن الاستدلال لابن الجنيد برواية سليمان بن سالم (١) المتقدمة في المسئلة الثامنة عشرة لدلائلها على جواز الاستيجار بالنفقة من غير تعيين كما تضمنه السؤال الاول والثاني منها ، ويكون حكم النفقة مستثنى من قاعدتهم المذكورة ان ثبتت ، سيما مع ما عرفت مما قدمناه في غير موضع من انضرام هذه القواعد المشهورة بينهم بالأخبار ، وان كانوا تارة يردون الأخبار في مقابلتها ، وتارة يرتكبون تخصيصها بها ، والله سبحانه العالم .

الثامن : قد عرفت من تعريف الاجارة كما قدمنا ذكره في صدر الكتاب - أنها عقد ثمرته تملك المنفعة بعوض معلوم ، أو تملك المنفعة بعوض - أن الاجارة واستحقاق الأجرة إنما تقع على المنافع ، لا الأعيان ، وحينئذ فيكون اجارة المرأة للارضاع خارجة عن قاعدة الاجارة ومستثناة بالنص ، آية ورواية ، لقوله عز وجل (٢) « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » والنصوص الواردة بذلك ، وهي كثيرة تأتي انشاء الله تعالى في محلها اللابق بها من كتاب النكاح ، فان متعلق الاجارة والذي استحققت المرأة به الأجرة هنا هو اللبن ، وهو عين تالفة بالارضاع ، فيكون المعاوضة عليه خارجة عن قانون الاجارة ، قالوا : ومثل ذلك الاستيجار للمبضع ، واستيجار البشر للأستسقاء منها ، فان المستوفي في الجميع إنما هو من الأعيان ، وبعضهم تكلف للتفصي عن ذلك بالنسبة الى الارضاع أن المنفعة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٥٠ ح ١ .

(٢) سورة الطلاق - الآية ٦ .

التي تعلق بها الاجارة هي حملها للولد و وضعه في حجرها ووضع الثدي في فمه ونحو ذلك ، لانفس اللبن .

ولا يخفى ما فيه من البعد والتكلف السخيف ، فانه لا يخفى أن الغرض الذاتي والمطلب الأصلي من الاستيجار إنما هو اللبن ، وهذه الأشياء إنما هي تابعة ، أو مقدمات لذلك ، فالأظهر أن يقال : ان هذه المواضع المذكورة مستثناة بالنصوص من قانون الاجارة ، وكم مثل ذلك في الاحكام ، هذا ان ثبت كون ما ادعوه قانوناً كلياً وقاعدة مطردة ، مع أنالم نقف له على دليل أزيد من ورود النصوص في أفراد الاجارات بذلك ، وهو لا يستلزم الحصر فيما ورد ، الامع عدم وجود نص بخلافه ، فانه يمكن ادعاء ذلك قاعدة كلية ، على نحو القواعد النحوية المبنية على تتبع كلام العرب ، وهذه القاعدة ان ثبتت هنا ، فهي من هذا القبيل ، وإلا فاني لم أقف على خبر يدل على أن القاعدة في الاجارة ما ادعوه ، والله سبحانه العالم .

الثانية والعشرون : اختلف الاصحاب في جواز اجارة الدراهم والدنانير ، فقال في المختلف والقواعد والمبسوط : بالجواز ، قال للانتفاع بها مع بقاء عينها ، مثل أن ينثرها ويسترجعها أو يضعها بين يديه فيتجمل بها وغير ذلك ، وقال ابن ارييس : يصح لأنه لا مانع منه ، ثم قال : والذي يقوى في نفسي بعد هذا جميعه أنه لا يجوز ، اجارتها ، لأنه في العرف المعهود لا منفعة لها الا باذهاب أعيانها ، ولأنه لا يصح وقفها ، فلو صح اجارتها صح وقفها ، نعم تصح اجارة المصاغ منهما ، وقال في موضع آخر : لا خلاف في أنه لا يجوز وقفها ، لأن الوقف لا يصح الا في الاعيان التي يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها ، فاذا جاز اجارتها جاز وقفها ، وهو لا يجوز ، ولأن من غصب مائة دينار وبقيت في يده سنة لم يلزمه الحاكم بأجرة ، واعترضه في المختلف بالمنع عن الملازمة بين الوقف والاجارة ، فان الوقف يصح اجارته ، ولا يصح وقفه ، نعم كلما يصح اعارته يصح اجارته ، والمنع من عدم الزام الغاصب بالأجرة ، ثم قال والتحقيق أن نقول ان كان لها منفعة مقصودة

حكمة صحت اجارتها ، وإلا فلا ، انتهى .

وفيه أن ظاهر منعه من عدم الزام الغاصب بالأجرة هو أن لها منفعة فيجب عليه الأجرة في مقابلة المنفعة التي فوتها على المالك ، مع أن ظاهر كلامه التوقف ، حيث رتب الجواز على وجود المنفعة وعدمه ، ولم يحكم بشيء من الأمرين وقد صرح بالاستشكال في بعض كتبه ، وجزم بالجواز في بعض ، وظاهر الشرايع أيضاً التردد في ذلك ، حيث عبر بها عبره في المختلف ، وشيخنا في المسالك حيث اختار جواز اجارتها ، وعد لها منافع ترتب على ذلك ، كما ستقف عليه انشاء الله تعالى وحمل ترده على الشك في الاعتداد بتلك المنافع وعدمه ، قال (رحمة الله عليه) : لما كان شرط العين الموجرة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وكان الغرض الذاتي من هذين التقدين لا يتم إلا بذهابهما وربما فرض لهما منافع مع بقاء عينهما ، بان يتزين بهما ، ويتجمل ويدفع عن نفسه ظاهر الفقر والفاقة ، فان دفع ذلك غرض مطلوب شرعاً ، حتى كان الائمة عليهم السلام يقترضون أموالاً ويظهرونها للناس ، أو يدفعونها إلى عمال الصدقة مظهرين أنها زكاة أموالهم ، ليظهر بذلك غناهم ، ومن جملة الاغراض المقصودة بها أيضاً نشرها في الاعراس ثم تجمع ، والضرب على سكتها ونحو ذلك فكان القول بجواز اجارتها قوياً ، وربما أشعر كلام المصنف بالتردد في إن هذه المنافع ، هل يعتد بها وتقوم بالمال على وجه تجوز الاجارة أم لا ، لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعة مع أنها مشهورة ، وما ذاك إلا للشك في الاكتفاء فيه بها ، انتهى .

أقول : ويدل على ما ذكره من اظهار التجمل بذلك ، والفرض لذلك وفعلهم عليهم السلام ذلك جملة من الأجبار ، ومنها ما رواه في الكافي عن عبد الا على مولا آل سام (١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ان الناس يردون أن لك مالا كثيراً ، فقال : ما يسؤني ، ذلك ، ان أمير المؤمنين عليه السلام مر ذات يوم على ناس شتى من

قريش ، وعليه قميص مخرق ، فقالوا : أصبح علي عليه السلام لا مال له فسمعها أمير المؤمنين عليه السلام فأمر الذي يلي صدقته أن يجمع تمره ، ولا يبعث الى انسان شيئاً وأن يوفقه ثم قال له : به الأول فالأول واجعلها دراهم ، ثم اجعلها حيث تجعل التمر فأكبسه معه حيث لا يرى ، وقال للذي يقوم عليه : إذا دعوت بالتمر فاصعد وانظر المال فاضربه برجلك كأنك لاتعمد الدراهم حتى تنثرها ثم بعث الى رجل منهم يدعوه ثم دعى بالتمر فلما صعد ينزل بالتمر ضرب برجله فاشتريت الدراهم ، فقالوا : ما هذا يا أبا الحسن ؟ فقال : هذا مال من لامال له ، ثم امر بذلك المال فقال : انظروا أهل كل بيت كنت أبعث اليهم فانظروا ماله ، وابعثوا اليه ، فروى في حديث آخر (١) مثله وفيه أن القائل كان طلحة والزبير ، وروى في الكتاب المذكور أيضاً عن أبي بصير (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان اناساً بالمدينة قالوا : ليس للحسن عليه السلام مال ، فبعث الحسن عليه السلام الى رجل بالمدينة فاستقرض منه ألف درهم فأرسل بها الى المصدق ، فقال : هذه صدقة مالنا : فقالوا : ما بعث الحسن بهذه من تلقاء نفسه إلا وله مال .

وروى فيه عن عبدالاعلى (٣) مولى آل سام قال : ان علي بن الحسين عليه السلام اشتدت حاله حتى تحدث بذلك أهل المدينة ، فبلغه ذلك فتعين ألف درهم ثم بعث بها الى صاحب المدينة ، وقال ، هذه صدقة مالي .

وبذلك يظهر قوة ماقواه ، لأنه متى كان اظهار الغنى بين الناس مستحجاً كما دلت عليه هذه الأخبار حتى أنهم عليهم السلام كانوا يقترضون لذلك فاستيجار الدراهم والدنانير لذلك مستحب ، والمنفعة ظاهرة ، بل مندوب اليها ، والظاهر أن تردد من تردد ممن قدمنا ذكره ، إنما هو لعدم حضور ما ذكر بيالهم ، لا لعلمهم بذلك ، وإنما حصل لهم الشك في أنه هل يعتد بهذه المنافع أم لا ؟

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ٤٤٠ ح ١١ و ١٢ ، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٢

وص ٣٤٢ ح ١

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٤٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٤

ج ٢١ في انصراف اطلاق اجارة الدراهم والدنانير للمنافع المعهودة ٦١١

ثم انه على تقدير القول بجواز اجارتها ، فهل يشترط تعيين جهة الانتفاع بها أم لا ؟ قولان : وبالأول قال في الخلاف والمبسوط ، وبالثاني قال : ابن ادریس . وهو ظاهر بحلة ممن تأخر عنه .

قال في الخلاف والمبسوط : اذا استأجر دراهم أو دنانير وعين وجه الانتفاع بها كان على ما شرط ، وصحت الاجارة ، وان لم يعين بطلت الاجارة ، وكانت قرضاً لأن العادة في دنانير الغير ودراهمه أن لا ينتفع بها إلا على وجه القرض ، واذا أطلق الانتفاع رجع الاطلاق على ما يقتضيه العرف .

وقال ابن ادریس : لو قلنا أنه تصح الاجارة سواء عين جهة الانتفاع أو لم يعين كان قويا ، ولا يكون قرضاً لأنه استأجرها منه ، ومن المعلوم أن العين المستأجرة لا يجوز التصرف باذهاب عينها ، بل في منافعها فيحمل الاطلاق على المعهود الشرعي . ثم قال ، والذي يقوى في نفسي بعد هذا كله بطلان اجارتها .

وأجاب في المختلف عن كلام ابن ادریس انتصاراً للشيخ بأن الشيخ عول على العرف وقد ثبت في العرف الشرعي انصراف الاجارة الى الأعيان فيما الغالب فيه تناولها دون المنافع ، كاستيجار المزرعة ، والشاة للحلب ، وأجرة الحمام ، وكذا هنا ، لما كانت المنفعة المقصودة الانتفاع بأعيانها كانت الاجارة قاضية ، بجواز اتلافها وحينئذ تصير قرضاً بالاتلاف ، وبعد هذا فالوجه على تقدير صحة الاجارة ، عدم جواز الاتلاف كغيرها من الأعيان .

أقول : لا يخفى ما في جواب العلامة من تطرق النظر اليه ، وأن الحق انما هو ما ذكره ابن ادریس ، وذلك لأن الاجارة تصاً وقتوى انما تنصرف الى المنافع ، والدراهم والدنانير لها منافع كما عرفت ، فلا يحتاج الى تعيينها كغيرها من ساير الأعيان المستأجرة ، واطلاق الاجارة انما ينصرف الى المنافع التي هي المعهود الشرعي ، كما ذكره ابن ادریس ، وأما صحة الاجارة في استيجار المزرعة ونحوها فانما جرى على خلاف قاعدة الاجارة ، بنص خاص ، فصار مستثنى من حيث

النص ، لا أن ذلك عرف شرعي ، وما نحن فيه لانص فيه ، فلاوجه لجعله في عدادها ، وجعله من جملة أفرادها ، ودعواه كون ذلك عرفاً شرعياً ليس في محله ، إذ المتبادر وهو اطراده في جميع الأفراد ، وشيوعه في جميع المواد ، وما نحن فيه مما حكمت بصحة الأجارة مع استيفاء الاعيان منها ، ليس كذلك بل هو مقصور على ماورد النص به من فردين أو ثلاثة ، ولهذا قدمنا في المنحة حيث لانص عليها من طريقنا وانما هو من طريق العامة أن عدها فيما ذكره ليس في محله .

وبالجمله فانه لما كان مقتضى الاجارة نصاً وقتوى انما هو التسلط على المنفعة خاصة ، فجواز التسلط على العين يحتاج الى دليل آخر ، نعم قام الدليل عليه في تلك المواضع المذكورة ، فصارت مستثناة بذلك ، وما لم يقم عليه دليل فلايجوز الخروج به عن قاعدة الاجارة ، وهذا هو الذي اختاره في آخر كلامه ، وبذلك يظهر أن جوابه عن كلام ابن ادريس انما هو مجرد تعصب عليه ، كما هي عادته غالباً في الكتاب المذكور ، والله سبحانه العالم .

الثالثة والعشرون : لو وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً يوجب الرد ، وكان جاهلاً به وقت العقد تخير بين الفسخ والرضا بالاجرة المسماة من غيرأرض على المشهور ، ووجه التخيير أن العيب المذكور في العين موجب للنقص في المنفعة ، فيجوز له الفسخ دفعاً للضرر عن نفسه ، وللتدليس عليه ، ولأن مقتضى العقد صحة العوضين ، فلايلزم بدونها ، فمن ثم جاز له الفسخ ، وحينئذ وله الالتزام بالعيب لأنه تصرف في ماله باختياره .

وفي المسالك أن له الفسخ وان استوفى بعض المنفعة ، قال ولايرد أنه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف ، وهو يسقط خيار العيب ، لأن المراد بالتصرف حقيقة في العوض الذي صار للمتصرف وهو هنا المنفعة ، ومالم يستوفه منها لم يتصرف فيه وانما حصل التصرف في المستوفي ، ولأن الصبر على العيب ضرر منفي ، انتهى .

والظاهر أنه غير خال من شوب الاشكال ، فان الظاهر من كلامهم في كتاب

ج ٢١٣ في وجدان المستأجر في العين المستأجرة عيأً يوجب الرد ٦١٣

البيع أن التصرف انما هو عبارة عن وضع اليد على المبيع ، أو الثمن باستيفاء بعض منافعه ، أو استعمالها كركوب الدابة ، ولبس الجارية وتقبيلها وحلب الشاة ولبس الثوب ونحو ذلك ، فاستيفاء بعض من منفعة المستأجر تصرف في أصل المنفعة قياساً على ما ذكرناه ، لا أنه يختص التصرف بما استوفاه كما ذكره ، وإن كان هو الفرد الحقيقي ، إلا أن مقتضى ما ذكرناه مما عدوه تصرفاً أعم منه كما لا يخفى .

وأما ما ذكره من أن الصبر على العيب ضرر منفي ، ففيه أن ما ذكره من الحكم المذكور غير منصوص ، ويمكن أن يقال : بأن له الأرض حينئذ كما في خيار العيب متى تصرف في المبيع ، على أن هذا الإيراد يختص بالقول المشهور وأما على القول الآخر الأتي من الأرض مع الرضا فلا ورود له كما لا يخفى .

ثم ان ظاهر كلام الأكثر هو ما ذكرناه آنفاً من التخيير بعد ظهور العيب بين الفسخ والرضا بالأجرة ، وذهب جماعة منهم المحقق الثاني والشهيد الثاني إلى أن له مع الرضا الأرض فهو مخير عندهم بين الفسخ والرضا بالأرض .

قال في الروضة بعد قول المصنف وفي الأرض نظر ما لفظه : من وقوع المقد على هذا المجموع وهوياق ، فاما أن يفسخ أو يرضى بالجميع ، ومن كون الجزء الفائت أو الوصف مقصوداً للمستأجر ولم يحصل وهويستازم نقص المنفعة التي هي أحد الموضين ، فيجبر بالأرض وهو حسن .

أقول : فيه ما عرفت من أن أصل المسئلة غير منصوص ، والظاهر أنهم ذكروا هذا الحكم هنا قياساً على البيع من أنه متى ظهر عيب بالمبيع تخير المشتري بين الفسخ وبين الالتزام مع الأرض ، مع أن الأخبار ثمة لا تدل على ما ذكره كما حققناه في البيع ، وانما هو موردها مع ظهور العيب الخيار خاصة ، وأما الأرض فانما هو مع التصرف ، وأما تعليله هنا فعليل ، فان ما ذكره من ضرره هنا ينقص المنفعة يجبر بالفسخ الذي هو أحد فردى التخيير ، ولا ينحصر في الأرض .

نعم لو لم يكن له الفسخ فان ما ذكره متجه ، لكن الأمر ليس كذلك ،

وكيف كان فان ثبوت الاحكام الشرعية بمثل هذه التقريبات العقلية لا يخلو من المجازفة في أحكامه عز وجل التي قد استفاضت النصوص بالنهاي عن القول فيها بغير علم منه عز وجل أو من نوابه (صلوات الله وسلامه عليهم) .

ثم انه قال في المسالك تفريعاً على ما اختاره من وجوب الأرض : وطريق معرفته أن ينظر الى أجرة مثلها سليمة ومعينة ، وينظر الى التفاوت بينهما ، ويرجع من المسمى بتلك النسبة ، ولا يخفى أنه متى اختار الفسخ فان لم يمض من المدة ماله أجرة فلا اشكال ، وان مضت مدة كذلك ، فعليه من المسمى بنسبة ذلك من المدة .

هذا كله فيما اذا كانت الاجارة واردة على عين ، أما لو كانت في الذمة ودفع له عيناً معيبة فالواجب ابدالها ولافسخ هنا ، الا أن يتعذر البديل لعدم وجوده أو لتقلب الموجر وعدم امكان جبره فيفسخ المستأجر ، ويرجع الى ماله ، والله سبحانه العالم .

الرابعة والعشرون : الظاهر أنه لاختلاف في تضمين الصانع من المكارين والملاحين والقصارين وسائر الصانع لماجنته أيديهم ، سواء كان نقصاً في العين أو تلفاً ، وان كان حاذقاً واحتاط واجتهد ، وانما الخلاف فيما لو تلفت بغير فعله . وغير تفريطه وظاهر جماعة منهم الشيخ المفيد والمرضى القول بالضمنان ، والمشهور وهو قول الشيخ وأتباعه وابن ادریس ومن تأخر عنه العدم .

قال الشيخ المفيد : القصار والخياط والصباغ وأشباههم من الصانع ضامنون لما جنته أيديهم على السلع ، ويضمنون ما تسلموه من المتاع الا أن يظهر هلاكه ويشتهر بما لا يمكن دفاعه أو تقوم لهم يئنة بذلك ، والملاح والمكاري والجمال ضامنون للأمتعة الا أن تقوم لهم يئنة بأن الذي هلك منه بغير تفريط منهم ولا تعد فيه ، وقال المرضى : مما انفردت به الامامية القول بأن الصانع كله كالقصارين والخياط ومن اشبههما ضامنون للمتاع الذي يسلم اليهم ، الا أن يظهر هلاكه ويشتهر

بما لا يمكن دفعه . أو تقوم بهينة بذلك ، وهم أيضا ضامنون لما جنته أيديهم على المتاع بتعد وغير تعد ، وسواء كان الصانع مشتر كاً أو غير مشترك ، ثم فسر معناهما . وقال في المختلف والمسبوط والنهاية : لاضمان عليهم الا فيما يهلك مما أقدمه أو يكون بشيء من جهتهم أو تفريط منهم وما أخبه ذلك ، فان هلك من غير ذلك لم يكن عليهم شيء من ذلك ، وبه قال أبو الصلاح وسائر .

وقال ابن ادریس : اختلف أصحابنا في تضمين الصناع والمكاريين والملاحين فقال بعضهم : هم ضامنون لجميع الأمتعة وعليهم البينة ، إلا أن يظهر هلاكه ويشتبه بما لا يمكن دفاعه ، مثل الحريق العام والفرق والنهب كذلك ، فأما ما جنته أيديهم على السلع فلا خلاف بين أصحابنا أنهم ضامنون له ، وقال الفريق الآخر من أصحابنا وهم الاكثرون المحصلون : أن الصناع لا يضمنون إلا ما جنته أيديهم على الأمتعة أو فراطوا في حفاظه ، وكذلك الملاحون والمكاريون والرعاة وهو الأظهر والعمل عليه ، لأنهم أمناء سواء كان الصانع منفرداً أو مشتركاً .

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والوجه اختيار الشيخ ، لنا الاصل براءة الذمة وعدم الضمان ، فلان أيديهم ليست عادية ، وهم أمناء فلا يتعلق بهم ضمان ، إلا مع تعد أو تفريط ، كالمستودع وغيره .

أقول : وعلى هذا القول جرى المتأخرون ، والواجب أولاً نقل الأخبار المتعلقة بهذا المقام ثم الكلام فيها بما رزق الله فهمه يبركتهم فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي (١) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن القصار يفسد قال : كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن .

وما رواه في التهذيب عن أبي الصباح الكناني (٢) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤١ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٧ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٥ ، وهما في الوسائل ج ١٢ ص ٢٢١ ح ١

عن القصار هل عليه ضمان ؟ قال : نعم كل من يعطى الأجر ليصلح فيفسد فهو ضامن .
وما رواه في الفقيه عن حماد عن الحلبي (١) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام
« في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده ، فقال : كل عامل أعطيته أجراً على
أن يصلح فأفسد فهو ضامن » .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
سألته عن الثوب أذعه الى القصار فيخرقه ؟ قال : أغرمه فانك انما دفعته اليه
ليصلحه ، ولم تدفعه ليفسده » .

وعن اسمعيل بن الصباح (٣) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القصار يسلم
اليه المتاع فخرقه أو غرقه أيغرمه ؟ قال : نعم غرمه ما جنت يده فانك إنما
أعطيته ليصلح ، لم تعط ليفسده » .

هكذا اسناد الخبر في نسخ التهذيب وربما وجد في بعضها عن اسمعيل عن
أبي الصباح وهو الظاهر ، كما هو في سند سابق هذا الخبر ، ويحتمل في اسمعيل أنه
ابن عبد الخالق ، أو ابن الفضل الهاشمي .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن السكوني (٤) « عن أبي عبد الله عليه السلام أن
أمير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل استأجر رجلاً ليصلح له بابه ف ضرب المسمار
فاصدع الباب فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام » .

أقول : وهذه الأخبار كلها موافقة لما اتفق عليه الأصحاب من ضمان ما جنته
يد الصانع ، وإن كان لا عن عمد ، وإن ذلك قاعدة كلية في كل من أعطى الأجر
ليصلح فأفسد فانه ضامن .

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ١ من باب ٧٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٢١ ح ٥٠ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٤١ ، وهذه الروايات

في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٥ ح ١٩ و ص ٢٧٣ ح ٨ و ص ٢٧٤ ح ١٠ .

ومنها ما رواه في الكافي عن الحلبي (١) في الصحيح «أو الحسن» عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال في الغسال والصباغ : ما سرق منهما من شيء فلم يخرج (منه) على أمرين أنه قد سرق ، وكل قليل له أو كثير «فهو ضامن» ، فإن فعل فليس عليه شيء «وان لم يفعل» ولم يقيم البيّنة وزعم أنه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له على قوله بيّنة «ورواه في الفقيه مثله ، وكذا الشيخ في التهذيب ، وزاد فيه وعن رجل استأجر أجيراً فاقعده على متاعه فسرق قال : هو مؤتمن» .

وما رواه في الكافي في الصحيح عن الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الغسال والصباغ : ما سرق منهم من شيء فهو ضامن «أقول : يعني اذا ادعى السرقة كما هو ظاهر الخبر الاول .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله عن قصار دفعت إليه ثوباً فزعم أنه سرق من بين متاعه ، فقال : عليه أن يقيم البيّنة أنه سرق من بين متاعه ، وليس عليه شيء ، وان سرق متاعه كله فليس عليه شيء . وعن السكوني (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ والصباغ احتياطاً على أمتعة الناس ، وكان لا يضمن من الفرق والحرق والشيء الغالب» .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن اسمعيل بن مراد عن يونس (٥) قال : سألت الرضا عليه السلام عن القصار والصائغ أضمنون ؟ قال : لا يصلح الناس الا أن

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٢ ليس في الكافي كلمة «فهو ضامن» وكذا كلمة «وان لم يفعل» التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٤ ، الفقيه ج ٣ ص ١٦١ الباب ٧٦ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٢ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٥ و ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٢٥ .

و ص ٢١٩ ح ٣٨ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ١٠ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٤٠ ، وهذه

الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧ ح ٢ و ص ٢٧٤ ح ٥ و ص ٢٧٣ ح ٩ .

يضمنوا ، قال : وكان يونس يعمل به ويأخذ .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن مسمع (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : الأجير المشارك هو ضامن الأهن سبع أو غرق أو حرق أو لص مكابر .
ومارواه في التهذيب عن زيد بن علي (٢) عن آبائه عليه السلام أنه أتى بحمال كان عليه قارورة عظيمة فيها دهن فكسرها فضمنها إياه ، وكان يقول كل عامل مشترك إذا افسد فهو ضامن ، فسألته عما المشترك ؟ فقال الذي يعمل لي ولك .

وكذا مارواه في الكافي والفتية عن الحلبي (٣) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت رجلاً جمال استكرى منه ابل وبعث معه بزيت الى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه ، فقال انه ان شاء أخذ الزيت ، وقال : انه انخرق ولكنه لا يصدق إلا بينة عادلة .

ومارواه في التهذيب عن الشحام (٤) قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جمال أكثرى منه ابل وبعث معه بزيت الى نصيبين فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق فقال له : ان شاء أخذ الزيت وان زعم أنه انخرق فلا يقبل إلا بينة عادلة .

ومارواه في الفتية عن حماد (٥) عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في جمال يحمل معه الزيت فيقول قد ذهب أو أهرق أو قطع عليه الطريق ، فان جاء بينة عادلة أنه قطع عليه أو ذهب فليس عليه شيء ، والا ضمن .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٦ ح ٢٧ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٢ ح ٥٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٣٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ ح ٣٥ ، الفتية ج ٣ ص ١٦٢ ح ٤ مع اختلاف يسير .

(٥) الفتية ج ٣ ص ١٦١ ح ١٦٦ ، وهذه الروايات في الرسائل ج ١٣ ص ٢٧٧

ح ٤ و ص ٢٧٩ ح ١٣ و ص ٢٧٦ ح ١ و ص ٢٨٠ ح ١٦٠

ج ٢١ في دلالة الأخبار على عدم ضمان الصناع لو كانوا مأمونين ٦١٩

وما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل حمل مع رجل في سفينة طعاماً فنقص قال هو ضامن ، قلت : انه ربما زاد قال : تعلم أنه زاد فله شيئاً ؟ قلت : لا قال : هو لك .
أقول : وهذه الأخبار كما ترى واضحة الدلالة ، ساطعة المقالة ، فيما ذهب اليه المفيد والمرضى .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) « قال أبو عبد الله عليه السلام كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصايغ احتياطاً على أموال الناس ، وكان أبي عليه السلام يتطول عليه اذا كان مأموناً ، وروى في الفقيه مرسلأ قال : وقال عليه السلام : كان أبي يضمن القصار والصواغ ما أفسد ، وكان علي بن الحسين عليه السلام يتفضل عليهم . » (٣)

وما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير (٤) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهرقه ؟ قال إن كان مأموناً فليس عليه شيء وإن كان غير مأمون فهو ضامن .

وما رواه في التهذيب والفقيه عن أبي بصير (٥) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : لا يضمن الصايغ ولا القصار ولا الحايك إلا أن يكونوا متهمين ، (فيجيئون) بالبيئنة ، ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً ، وفي رجل استأجر حملاً فكسر الذي يحمل أو يهرقه فقال علي نحو من العامل : إن كان مأموناً فليس عليه شيء

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٣٠ ، الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ١

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٢٠ ح ٤٤ ، الفقيه ج ٣ ص ١٦٢ ح ٨

(٣) الفقيه ج ٣ ص ١٦١ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٤٤ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٦ ح ٢٦ ، الفقيه ج ٣

ص ١٦٣ ح ١٢ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٣ وفيه « فيخوف » بدل « فيجيئون » ، الفقيه ج ٣

ص ١٦٣ ح ٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٧ ح ٢ و ص ٢٧٢ ح ٤ و ص ٢٧٨

ح ٧ و ص ٢٧٤ ح ١١ .

وإن كان غير مأمون فهو ضامن .

وما رواه في التهذيب (١) عن بكر بن حبيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يضمن القصار إلا ما جنت يده ، وإن اتهمته أحلقته .

أقول : يعني بالنسبة الى دعوى التلف كما هو سياق الأخبار الآتية ، ومنها بالاسناد المتقدم (٢) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه ، قال : ان اتهمته فاستحلفه وإن لم تتهمه فليس عليه شيء .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن الصفار (٣) قال كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً الى القصار ليقتصره ، فدفعه الى قصار غيره ليقتصره ، فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يردّه اذا دفعه الى غيره ، وإن كان القصار مأموناً ؟ فوقه عليه السلام : هو ضامن له ، إلا أن يكون ثقة مأموناً .

وما رواه في التهذيب عن حذيفة بن منصور (٤) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يحمل المتاع بالأجر فيضّيع فتطيب نفسه أن يفرمه لأهله ، يأخذونه ؟ قال : فقال لي : أمين هو ؟ قلت : نعم ، قال : فلا يأخذون منه شيئاً ، وعن حذيفة بن منصور (٥) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أن معاذ بن كثير وقيساً أمراني أن أسألك عن جمال حمل لهم متاعاً بأجر ، وأنه ضاع منه حمل قيمته ست مائة درهم وهو طيب النفس لفرمه لأنه ضاعته ، قال : يتهمونه ؟ قلت : لا قال : لا يفرمونه .

وما رواه في التهذيب عن معاوية بن عمار (٦) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الصباغ والقصار ؟ قال : ليس يضمنان .

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٢١ ح ٤٩ و ٤٨ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٢٢ ح ٥٦ و ٥٧ ،

(٥) و (٦) التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ ح ٣٦ ص ٢٢٠ ح ٤٦ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٥ ح ١٦ و ١٧ و ١٨ و ص ٢٧٩ ح ١٢ و ص ٢٧٤ ح ١٤

وما رواه في التهذيب والفتاوى عن جعفر بن عثمان (١) قال : حمل أبي متاعاً الى الشام مع جمال فذكر أن حملاً منه ضاع . فذكرت ذلك لأبي عبدالله عليه السلام فقال : أتتهمه ؟ قلت : لا قال : لا تضمنه .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن خالد بن الحجاج (٢) قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الملاح أحمل معه الطعام ثم أقبضه منه فينقص ، قال إن كان مأموناً فلا تضمنه .

أقول : هذا ما حضرنى من أخبار المسئلة ، وليس فيها ما يدل على القول المشهور إلا ظاهر الرواية الأخيرة ، والشيخ قد حملها على ما إذا كانا مأمورين ، وهو جيد .

وأما ما يدل على قول المفيد والسيد فجمله من الأخبار التي عرفت ، وأنت إذ اردت هذه الأخبار التي تلونها عليك بعضها إلى بعض وحملت مطلقها الى مقيدها ، ظهر لك أن الحكم بالنسبة الى دعوى التلف أنه ان كان أميناً غير متهم فلا ضمان عليه ، والا فهو ضامن ، الا أن يقيم البينة ، أو يكون لأمر ظاهر في دعواه .

وبه يظهر أن اطلاق كل من القولين المتقدمين ليس في محله ، والعلامة في المختلف حيث اختار قول المشهور كما قدمنا نقله عنه حمل ما نقله من الاخبار الدالة على قول المفيد والمرضى على التفريط والتعدي ، جمعاً بين الأدلة ، وأعلى تأخير المتاع عن الوقت المشترط ، وان كان نوع تفريط ، لما رواه الكاهلي (٣) في الحسن عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن القصار يدفع اليه الثوب واشترط عليه أن يعطيه في وقت ، قال : إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن .

وأنت خير بما فيه من التعسف المستغنى عنه ، فانه لا اشعار في شيء

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢١٧ ح ٢٨ و ٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١٩ ح ٣٩ .

وهذه الروايات في الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٨ ح ٦ و ص ٢٧٧ ح ٣ و ص ٢٧٣ ح ٧ .

من تلك الأخبار بما ادعاه من التعدي والتفريط ، بل هي ظاهرة الدلالة في المدعى وما ادعاه من الحمل على تأخير المتاع أبعد ، اذ لا اشعار في شيء منها بذلك ، بل هي ظاهرة في أن الضمان إنما هو من حيث التلف ، وان كان لاعتن تعد ولا تفريط والوجه في الجمع إنما هو ما قلناه ، لتكاثر الأخبار به كما عرفت .

واستند في المسالك حيث اختار القول المشهور الى أصالة البرائة ولائهم أمناء فلا يضمنون ببدون التفريط ، قال : وفي كثير من الأخبار دلالة عليه ، وفيه أن الأصل يجب الخروج عنه بالدليل ، وقد عرفت مما ذكرناه من الأخبار الساطعة في ذلك على وجه لا تقبل الانكار الا من حيث قصور التتبع لها ، كما لا يخفى على من جاس خلال الديار ، وأما ما ذكره من أنهم أمناء فلا يضمنون الامع التفريط ، فهو وان كان كذلك في جملة من المواضع ، الا أنه من الجائز خروج هذا الحكم من تلك المواضع ، لأن الاجارة على هذا الوجه نوع معاوضة ، فيجب ايصال كل عوض الى مستحقه أو بدله ، الا أن يعلم بأحد الوجهين المتقدمين تلفه بغير تفريط ولا تعد ، ولهذا ان أخبار هذه المسئلة على كثرتها وتعددتها كما عرفت خالية عن ذلك ، فانها على تعددها واستفاضتها وصحتها وضم بعضها الى بعض صريحة في الضمان لإامع كون الأجير ثقة مأموناً غير متهم كما عرفت ، ولا اشعار في شيء منها ، فضلاً عن الظهور بكون الضمان مستندا الى التفريط أو التعدي ، وإنما رتب فيها على مجرد التلف ، ولكنهم لعدم التتبع التام للأخبار يقعون فيما يقعون فيه ، والحكم كما ذكرنا واضح بحمد الله سبحانه .

ثم ان الظاهر أن ما دل عليه صحيح الحلبي ومرسل الفقيه من التفضل والتطوع بعدم الضمان ، ينبغى حمله على ذينك الامامين عليهما السلام بمعنى أنه إذا وقع ذلك في مالهما لا يضمنون العامل جمعاً بين الأخبار ، لما عرفت من قول أمير المؤمنين والرضا عليهما السلام « لا يصلح الناس الا أن يضمنوا احتياطاً على أموال الناس ، » بمعنى أن الحكم الشرعي تضمنهم ، فانهم متى عرفوا ذلك احتاطوا في

حفظ أموال الناس خوف الغرم ، ولو حمل الخبر أن الأولان على أن المراد بهما أنهما عليهما السلام يحكمان بالتفضل والتطوع بالنسبة الى الناس ، لحصلت المنافاة والمعارضة بين الأخبار ، على أن صحيح الحلبي صريح في أن تطوله عليه السلام بعدم الضمان إنما هو في صورة ما إذا كان مأموناً ، وحينئذ فيرجع الى الأخبار الأخيرة الدالة على قيد المأمونية ، ويحمل اطلاق تفضل على بن الحسين عليه السلام على ذلك ، وبه يزول الاشكال وإن حمل على غيرهما من الناس ، والله سبحانه العالم .

الخامسة والعشرون : في اجارة المملوك ، والكلام فيها يقع في مواضع : الأول : فيما إذا آجر المولى عبده أو آجر العبد نفسه باذن مولاه فافسد ، فلا خلاف ولا اشكال في لزوم ذلك للمولى ، لما كان اذنه ، لأن الاذن في الاجارة يقتضى الالتزام ببلوازمها التي من جملةها الضمان هنا ، لكن الخلاف إنما هو في أنه هل يختص الضمان بكسب العبد ، لأن الصانع لما كان ضامناً لما يفسده في ماله ، والعبد لا مال له ، تعلق الضمان بكسبه ، وعلى هذا لو زادت الجناية على الكسب لم يلزم المولى شيء أو يكون الضمان على المولى ؟ مطلقاً قولان : وبالثاني قال في النهاية وأبوالصلاح .

قال في النهاية : من استأجر مملوك غيره من مولاه ، فأفسد المملوك شيئاً أو أبقي قبل أن يفرغ من عمله كان مولاه ضامناً لذلك ، وقال ابن ادریس : يكون ضامناً لبقية الأجرة دون أرض ما أفسده .

أقول : وكلام ابن ادریس لا يخلو من اجمال ، فانه يحتمل أن يراد به أن أرض الجناية لا يضمنه السيد من ماله ، ولأن كسب العبد ، وحينئذ فيكون هذا قولاً ثالثاً في المسألة ، ولم أقف على من نقله عنه ، ويحتمل أن يراد به أنه لا يضمنه المولى من ماله ، وإن ضمنه من كسب العبد ، كما هو القول الآخر في المسألة ، إلا أنه لا يخلو من بعد ، وكلام أبي الصلاح على نحو كلام الشيخ .

والذي يدل على ما ذهب اليه الشيخ ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة

وأبي بصير (١) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام استأجره منه صانع أو غيره قال : ان كان ضيع شيئاً أو أبق فمواليه ضامنون ، وظاهر المختلف حمل الرواية على أن الضمان المراد ضمان الموالى من كسب العبد لامن أموالهم ، ولا يخفى بعده ، وفصل في المسالك وقال : والأصح أن الافسادان كان في المال الذي يعمل فيه من غير تفريط تعلق بكسبه ، كما ذكره ، وان كان بتفريط تعلق بذمته يتبع به إذا أعتق ، لأن الاذن في العمل لا يقتضى الاذن في الافساد .

نعم لو كان باذن المولى تعلق به ، وعليه تحمل الرواية ، وان كان بجناية على نفس أو طرف تعلق برقبة العبد ، وللمولى فدائه بأقل الأمرين من القيمة أو الأرض ، سواء كان باذن المولى أم لا ، انتهى .

وفيه أولاً أن ظاهر قوله « نعم لو كان باذن المولى تعلق بالمولى ، يعطى أن حكمه بتعلقه بكسب العبد في صورة عدم التفريط والتعدى ، والتعلق بذمته في صورة التفريط مبني على أن الاستيجار بدون اذن المولى ، وهو خلاف فرض أصل المسئلة وذلك فإن البحث هنا في المسئلة إنما بنى على ما قدمنا ذكره من اجارة المولى عبده أو اجارة العبد نفسه باذن المولى ، وثانياً أنه مع عدم الاذن فانه لا ريب في بطلان الاجارة ، فلا يترتب عليها شيء مما ذكر من الضمان ، لأن تصرف المستأجر في العبد بدون اذن مولاه غصب محض ، لا يستحق ضماناً ، ويحتمل أن المراد أنه لو أذن المولى للعبد في الافساد فيكون الضمير في كان راجعاً الى الافساد ، وهو وان كان معنى صحيحاً في حد ذاته ، الا أن حمل الرواية على ذلك في غاية البعد .

وبالجملة فان فهمي القاصر - عن ادراك معنى صحيح لهذا الكلام - خاسر ، وكيف كان فانه لا يخفى ما في الحكم بتعلق حكم الضمان بذمته ، وأنه يتبع به اذا

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٠٢ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٣ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٩

أُعتق من الاشكال ، لما فيه من الضرر على المالك ، فانه قد يعتمد العبد الجناية على مال المالك ، ويفرط فيه فيسرق لعلمه بأنه لا يؤاخذ به الا بعد العتق ، مع أنه قد لا يعتق بعد موت المالك ، أو يكون فقيراً بعد العتق ، وكيف يصح ارتكاب هذا الضرر ، مع عدم وجود دليل عليه ، والرواية ظاهرة الدلالة باطلاقها على ضمان المولى مطلقاً ، ويؤيدها أن المولى بوصفه عبده واجارته لمثل هذه الأمور التي لا يحسنها في قوة المدلس ، فيجب عليه الضمان .

وبالجملة فالظاهر هو الوقوف على ظاهر النص المذكور ، كما ذكره الشيخ ومن تبعه ، والخروج عنه بغير دليل شرعي سوى هذه التخريجات مشكل ، والله سبحانه العالم .

الثاني : لو آجر السيد عبده ثم اعتقه فلا خلاف في صحة الاجارة والعتق ، أما الاجارة فظاهر ، لأن منافع العبد لمولاه حال ملكه ، فيجوز له نقلها بالاجارة كمنفعة نفسه ، فانه يوجر نفسه غيره ، وأما العتق فكذلك أيضاً ، فانه مالك لرقبته ، والعتق مورده رقبة المملوك ، والمنافع وان كانت تابعة للرقبة الا أنه قد سبق ملكها ، أو ملك بعضها بعقد الاجارة ، غاية الأمر أن العتق إنما صادف الرقبة دون منافع مدة الاجارة ، فتزول السلطنة عن الرقبة ، والمنافع التي لم تدخل تحت الاجارة ، وهومما لا خلاف ولا اشكال فيه .

وإنما الخلاف في أنه هل يرجع المملوك على مولاه بأجرة المثل عن تلك المدة التي آجره فيها أم لا ؟ قال ابن ادریس ومثله الشيخ في المبسوط : إذا آجر عبده مدة ثم اعتقه في اثنتائها صح ، وهل يرجع على السيد بأجرة المثل لما يلزمه من الخدمة بعد الحرية ؟ قيل : فيه قولان : أحدهما يرجع بأجرة المثل في تلك المدة ، والآخر لا يلزمه ، وهو الصحيح ، لأنه لا دليل عليه ، والأصل برائة الذمة ، وربما علل الرجوع بأن ازالة الرق يقتضي ملك العبد لمنفعته فاذا سبق نقل المولى لها فانت العين ، فيرجع العبد على المولى بعوضها ، وهو أجرة المثل ، وضعفه ظاهر

مما تقدم ، فان تصرف المولى بالاجارة في تلك المنافع لاريب في صحته ، وعدم ترتب ضمان عليه في ذلك واستحقاق المستأجر لتلك المنافع مما لاريب فيه أيضاً ، والعتق إنما صادف ازالة الرق عن الرقبة مسلوقة المنافع تلك المدة ، فقوله القائل المذکور أن الرق يقتضى ملك العبد لمنفعته إنما يتم ، فيما اذا صادف العتق ازالة الرق من الرقبة ومنافعها ، لا فيما نحن فيه ، ولهذا لو أعتقه وشرط عليه خدمته مدة معينة صح ذلك ، كما أن المنفعة هنا لا يقتضى العتق ملك العبد لها لمكان الشرط ، كذلك فيما نحن فيه للسبق ، فان المالك قد أجرها سابقاً وهذه الصورة أولى بعدم مطالبة العبد من صورة الشرط .

وبالجملة فان ضعف القول المذکور أظهر من أن يخفى ، ومن المحتمل قريباً أن هذا القول إنما هو للعامة كما هو مؤمى عبارة المبسوط ، فانه لم ينسب الى أحد من أصحابنا صريحاً ، والظاهر أن الاصحاب إنما نقلوا الخلاف من هذه العبارة ، بقي الكلام هنا في شيء آخر أيضاً وهو نفقة العبد في مدة الاجارة .

قال في المسالك بعد البحث في الحكم المتقدم : اذا تقرر ذلك فنفقة تلك المدة اذا لم تكن مشروطة على المستأجر ، هل يجب على مولاه ، أو في كسبه ، أو في بيت المال ان كان ؟ أوجه : من انتفاؤها من العبد ، لاستغراق وقته في الخدمة ، وعن المستأجر لانتفاء الشرط ، فلم يبق لها محل الا السيد ، ولأنه ملك عوض المنفعة تلك المدة ، ومن انتفاء المقتضى ، للاتفاق ، وهو الملك ، وقد زال ومن أن النفقة مقدمة على حق كل أحد كما في المديون والمعسر ، فيخرج من الكسب مقدمة على حق المستأجر ، والأقوى الاخير لزوال ملك السيد وعجزه عن نفسه ، ولبطلان الحصر وعدم استلزام تملك عوض منفعة تلك المدة النفقة ، وإنما تقدم النفقة على حق الغير من مال المكتسب ، وبيت المال معد للمصالح ، وهو من جهلتها ، ومع تعذره فهو من الواجبات الكفائية على سائر المكلفين ، انتهى .

أقول : قد تقدم نقل الخلاف في نفقة الدابة إذا آجرها المالك هل هي على

المستأجر أو المالك ؟ والانسان إذا آجر نفسه هل نفقته على نفسه ، أو المستأجر ، ومحل الاشكال هنا إنما يتوجه على القول بكون النفقة على المالك في الأول ، وعلى الموجر نفسه في الثاني ، وأما على تقدير كونها على المستأجر أصالة كما هو أحد القولين أو بالشرط على القول الثاني فلا اشكال ، ولهذا انه لما كان مذهب شيخنا الشهيد الثاني هو أن النفقة على المالك ، والموجر نفسه ، جعل محل الاشكال فيما لو لم يكن مشروطة على المستأجر ، وقد استشكل في ذلك أيضاً جمع من الاصحاب منهم العلامة في الارشاد ، ووجه الاشكال كما ذكره هنا من أنه ملك عوض المنفعة تلك المدة واستوفاه ، فيلزمه النفقة ، ومن أنه بالتعلق خرج عن ملكه ، المقتضى لوجوب الانفاق ، فيزول وجوب الانفاق .

وبالجملة فالمسئلة محل اشكال ، اخلوها من النص ، وان كان ما ذكره شيخنا الشهيد الثاني لا يخلو عن قرب ، بناء على الأخذ بهذه التقريبات المتداولة في كلامهم ، لأنه نفاها عن المستأجر من حيث عدم الشرط ، بناء على مذهبه في المسئلة كما أشرنا اليه ، وعن السيد لتبعية وجوب النفقة للملك ، وعدم ثبوت الاستلزام المدعى ، وعن العبد ، لاستغراق وقته في الخدمة ، وتقديمها من الكسب - على حق المستأجر ، قياساً على المديون ، والمعسر - إنما يتم لو كان له مال مكتسب ، وقد عرفت أنه لا انتقال منفعه الى المستأجر واستغراق وقته في الخدمة لامال له ، فلاوجه لايجابها في كسبه ، اذلا كسب له ، فلم يبق الا الرجوع الى بيت المال ان كان ، أو المؤمنين وجوباً كفاً ، والله سبحانه العالم .

الثالث : قال في المختلف : اذا استأجر العبد سنة ، ثم مات بعد مضي نصفها ، قال الشيخ وتبعه ابن ادریس : يصح فيما مضى ، ويبطل فيما بقي ، وله المطالبة بأجرة المثل ، فان تساوى أخذه ، وان كان أجرة الباقي أكثر استحق الزيادة ، مثل أن يكون أجرة الماضي مائة ، والباقي مائتين ، فانه يستحق عليه مائتين ، وبالعكس ، وهذا القول فيه نظر ، بل الحق أن ينسب المسمى الى أجرة المثل ،

ويقسط ما قابل المتخلف ، وكان مراد الشيخ ذلك ، انتهى .

السادسة والعشرون : قد صرح الأصحاب بأنه لا يضمن صاحب الحمام الا ما أودع وتعدى أو فرط فيه ، وهو كذلك ، اما أنه لا يضمن بغير الايداع فظاهر ، لأن الأصل براءة الذمة من وجوب حفظ مال الغير مع عدم الالتزام به حتى لو نزاع المغتسل ثيابه ، وقال احفظها ولم يقبل لم يجب عليه الحفظ ، وأما أنه مع الايداع لا يضمن الا بالتفريط أو التعدي ، فلانه أمين محض ، وقد تقدم تحقيق القول فيه في كتاب الوديعة ، ويدل على ذلك أيضاً ما رواه المشايخ الثلاثة مرسلاً (١) في بعض عن الباقر عن أمير المؤمنين عليه السلام ، ومسنداً في بعض عن غياث بن ابراهيم (٢) عن أبي عبدالله عن أبيه عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه ، وقال : إنما هو أمين ، قال بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين لعل المعنى أنه يحفظها بمحض الأمانة ، وليس ممن يعمل فيها أو يأخذ أجرة على حفظها ، فهو محسن لا سبيل عليه ، ويمكن أن يقال : خصوص هذا الشخص كان أميناً غير متهم ، فلذا لم يضمنه ، والأول أظهر انتهى .

أقول : بل الظاهر أن الثاني أظهر إذ مجرد وضع الثياب عنده من غير أن يظهر منه ما يدل على قبول أيمانها لا يدل على كونه أميناً يترتب عليه ما يترتب على سائر الامناء من عدم الضمان الامع التفريط ، وقد تقدم ذلك في كتاب الوديعة . وما رواه في التهذيب عن السكوني (٣) عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول لاضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب ، لأنه انما أخذ الجعل على الحمام ، ولم يأخذ على الثياب .

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٦٣ ح ١٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٨ ح ٣٦ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧٠ ح ١ .

(٣) الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ٣ الباب ٢٨ من أبواب أحكام الاجارة التهذيب ج ٦ ص ٣١٤ ح ٨٦٩ ، الرواية بهذا المتن بعينها هي رواية اسحق بن عمار ولم تقف على هذا المتن عن طريق السكوني .

وما رواه في قرب الاستناد عن أبي البختري (١) عن جعفر عن آبائه عليهم السلام «عن علي عليه السلام أنه كان لا يضمن صاحب الحمام، وقال: إنما يأخذ أجراً على الدخول إلى الحمام».

وما رواه في التهذيب عن اسحق بن عمار (٢) عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول لاضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب».

السابعة والعشرون: قال في الخلاف: إذا أجر الأب أو الوصي الصبي أو شيئاً من ماله صحت الاجارة اجماعاً، فان بلغ الصبي قبل انقضاء المدة كان له ما بقي ولم يكن للصبي فسخه، لان العقد على غير البالغ وعلى ماله وقع صحيحاً بلا خلاف فمن ادعى أن له الفسخ بعد البلوغ فعليه الدلالة، وتبعه ابن ادريس في ذلك.

وقال في المبسوط: ان له فسخها فيما بقي وقيل: انه ليس له ذلك، وهو الأقوى، قال في المختلف: والحق أن له الفسخ، لنا أن الولاية تابعة للصغر، وقد زال فتزول الولاية، والعقد تابع لها، فيزول بزوالها، ولأنه لو عقد عليه مدة يعلم بلوغه في بعضها بطلت في الزايد، فكذا في المجهول مع وقوعه، لأن العلم والجهل لمدخل لهما في ثبوت الولاية وعدمها، انتهى.

أقول: وينبغي أن يعلم أن هنا صورتين: أحديهما أن يأجره مدة يعلم بلوغه ورشده قبل انقضاءها، كأن يأجره وهو ابن عشرين، مدة سبع سنين، ولا خلاف هنا فيما أعلم أن الاجارة لازمة فيما قبل البلوغ والرشد، وأما بعدهما فإنه يكون موقوفاً على اجازة الصبي، لأن زمان الولاية عليه وعلى ماله ما قبل الامرين المذكورين، فلا اشكال في لزوم الاجارة في تلك المدة، وأما بعد حصول الأمرين المذكورين فلا اشكال ولا خلاف في زوال الولاية عنه وحينئذ فلا اشكال في توقف

(١) قرب الاستناد ص ٧١، الوسائل ج ١٣ ص ٢٧١ ح ٢ الباب ٢٨ من أبواب أحكام الاجارة.

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٣١٤ ح ٨٦٩.

صحة الاجارة والحال هذه على اجازته ، لأن العقد في هذه المدة الزائدة يصير بمنزلة الفضولي .

الثانية : ان يأجره في مدة لا يعلم ذلك ، الا أنه اتفق حصوله في أثناء المدة وهذه الصورة هي محل الخلاف ، فظاهر كلام الشيخ المذکور هو صحة الاجارة في جميع المدة صحة لازمة لوقوع الاجارة من أهلها في محلها في وقت لا يعلم لها مناف ، فتستصحب . وظاهر العلامة هو الصحة كذلك إلى حين اجتماع الشرطين المذکورين ، لا تفتاء المانع ، وأما بعد حصولها فانه يكون الحكم كما في سابق هذه الصورة ، لأن زمان الولاية ما قبل الكمال ، فيكون نفوذ التصرف مقصورا عليه ، وفي الشرايع تردد في هذه الصورة لما عرفت من تدافع التعليين المذکورين ، وفي المسالك قوى قول العلامة .

أقول : والمسئلة بالنسبة الى هذه الصورة كغيرها من المسائل الغير المنصوصة محل اشكال ، وأما بالنسبة الى الصورة الأولى فانه لا ريب في صحة الاجارة ولزومها قبل حصول الشرطين المذکورين ، وأما بعد هما فان قلنا بصحة العقد الفضولي كما هو المشهور ، وأجاز الصبي فكذلك ، وان قلنا بالبطلان كما هو المختار فالحكم ظاهر ، وهكذا الكلام بالنسبة إلى مذهب العلامة ومن تبعه في الصورة الثانية .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن أكثر الأصحاب الذين تعرضوا لهذه المسئلة ومنهم الشيخ والفاضلان انما ذكروا بالنسبة الى زوال الولاية بالبلوغ خاصة ، مع أنه لا خلاف في ضم الرشد اليه ، فلو بلغ ولم يكن رشيداً فالولاية باقية ، ففي الصورة الأولى لو آجره مدة يعلم بلوغه فيها ولا يعلم رشده ، بل كان مجهولاً فان الحكم فيها كما في الثانية ، أما اذا كان معلوماً كأن يكون متميزاً قبل البلوغ ، فانه يكون الحكم كما ذكره ، ومنه يعلم أن الصورة الثانية أعم من أن لا يعلم بلوغه ولا رشده أو يعلم بلوغه ولا يعلم رشده ، ثم اتفق حصولهما ، ولوتلف الصبي بعد تسليم المستأجر له وكذا غيره ممن تستأجره للعمل عنده لم يضمنه ، ولا فرق هنا بين الصغير والكبير ، والحر والعبد ، فان كل من يسلم أجيراً ليعمل له فتلف لم يضمنه ،

لأنه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقة لا يمكن تحصيلها إلا بإثبات اليد عليه فكان أمانة في يده ، قالوا : ولا فرق بين تلفه مدة الاجارة وبعدها .

أقول : أما تلفه مدة الاجارة فلا ريب فيه ، وأما بعدها لو كان صيباً أو مملوكاً كأفهومبني على ما هو المشهور ، كما تقدم في الموضع الخامس من المطلب الأول من هذا الكتاب (١) من أن العين المستأجرة من دابة أو صبي أو مملوك بعد تمام المدة هل يجب على المستأجر ردها إلى المالك ، فلو أخرها ضمن ، ووجب عليه نفقتها أو لا يجب عليه ذلك إلا بعد طلب المالك ، والاقبل ذلك إنما يجب عليه رفع اليد عنها ، والتخلى بين المالك وبينها ، قولان : أشهرهما الثاني ، والكلام هنا مبني على هذا القول والله سبحانه العالم .

الثامنة والعشرون : المشهور في كلام المتقدمين أن من تقبل عملاً لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة ، إلا أن يحدث فيه حدثاً يستبيح به الفضل ، وقيل ، بالكرهية واختاره في المسالك ، والظاهر أنه قول أكثر المتأخرين .

ومن الأخبار الدالة على المشهور ما رواه في الكافي في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢) « عن أحدهما عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه ؟ قال : لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً » .

وما رواه التهذيب في الصحيح عن أبي حمزة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألت عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر يربح فيه ؟ قال لا : وما رواه المشايخ الثلاثة عن الحكم الخياط (٤) « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام اني أتقبل الثوب بدرهم وأسلمه بأقل من ذلك لأزيد على أن أشقه قال : لا بأس بذلك ، ثم قال : لا بأس فيما تقبلت من عمل ثم استفضلت فيه » .

(١) ص ٥٤٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٧٣ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٥ ، هما في الوسائل ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ١ و ٤٠ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١٠ ح ٧ ، الوسائل

ج ١٣ ص ٢٦٥ ح ٢

ومارواه في التهذيب والتعقيب عن مجمع (١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتقبل الثياب أخطبها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين فقال : أليس تعمل فيها قلت : أقطعها واشتري لها الخيوط قال : لا بأس .

وعن علي الصايغ (٢) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتقبل العمل ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين فقال : لا يصلح ذلك الا أن تعالج معهم فيه قلت : فاني أذيبه لهم ، قال : فقال ذاك عمل فلا بأس .

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام قال : سألت عن الرجل الخياط يتقبل بالعمل فيقطعه ويعطيه من يخطه ويستفضل قال : لا بأس قد عمل فيه ، هذا ما حضرني من أخبار المسئلة ، وكلها كما ترى ظاهرة الدلالة في القول الاول ، وهو الذي عليه المعول ، ثم انه ينبغي أن يعلم أن جواز دفعه الى غيره مشروط بما اذا كان العمل في الذمة بأن يحصل له هذا العمل بنفسه أو غيره ، أما لو كان الاستيجار على فعله بنفسه فانه لا يجوز له الدفع الى غيره ، ثم انه على تقدير الأول هل يكون ضامناً بدفعه الى الغير بدون اذن المالك صرح ابن ادریس بذلك ، والمشهور خلافه ، وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في المسئلة الرابعة من مسائل هذا المطلب (٤) .

التاسعة والعشرون : اختلف الأصحاب في جواز الاجارة بأكثر مما استأجر اذا لم يحدث فيه حدثاً قفيل بالتحريم ، وهو المشهور بين المتقدمين ، وقيل بالجواز على كراهة وهو المشهور بين المتأخرين ، وتقدم تحقيق القول في ذلك في صدر كتاب المزارعة (٥) .

(١) التعقيب ج ٣ ص ١٥٩ ح ١٠ ، التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٨ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢١١ ح ٩ و ص ٢١٠ ح ٦ ، وهذه الروايات في الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٦ ح ٦ و ٧ و ٥ .

(٤) ص ٥٦٣ .

(٥) ص ٢٩٢ .

الثلاثون : اختلف الأصحاب في جواز اجارة الأرض بالحنطة والشعير مما يخرج منها ، فقيل : بالتحريم ، وقيل : بالكراهة ، وقد تقدم أيضاً تحقيق الكلام في ذلك في الموضع المشار اليه .

الجادية والثلاثون : إذا دفع الى غيره سلعة ليعمل له فيها عملاً كالقصار والفسال ونحوهما فقد صرح المحقق بأن له أجره المثل بشرط أحد الأمرين ، إما كون العامل من عادته أن يأخذ الأجرة على مثل ذلك العمل ، أو كون ذلك العمل مما له أجره في العرف والعادة المستمرة ، وعن العلامة أنه اعتبر كون العمل له أجره عادة خاصة .

ويتخرج على ذلك صور أربع : الاولى : ما إذا حصل الشيطان المذكوران في كلام المحقق ، والأجرة ثابتة على كلا القولين .

الثانية : انتفاؤها معاً ولا أجره على القولين ، ولا فرق حينئذ بين كون العمل متقوماً بأجرة وعدمه ، إذا لم يكن له في العادة أجره ، ولا أعد العامل نفسه لها .

الثالثة : أن يكون العمل مما له أجره بحسب العادة ، ولكن ليس من عادة العامل الاستيجار له ، والأجرة ثابتة على القولين أيضاً لأن هذا أحد شرطي المحقق وهو الذي اقتصر عليه العلامة .

الرابعة : عكس هذه الصورة بأن يكون من عادته الاستيجار له إلا أن العمل ليس مما له أجره بحسب العادة ، والأجرة ثابتة على مذهب المحقق ، دون العلامة ، ورجح مذهب المحقق في هذه المسئلة بأن الأمر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة ، للمأمور ، متقومة بالمال ، فوجب ثبوتها على الأمر كالأستيجار معاطاة ، واللازم استيفاء عمل محترم بالأمر ، فلا يحل بدون العوض إلا باباحة مالكة ، ولم يتحقق وهو جيد .

المطلب الرابع في جملة من أحكام التنازع

منها التنازع في أصل الاجارة ، والقول في ذلك قول المنكر منهما يمينه ، سواء كان المالك أو الأجير ، لأن الاصل العدم ، والحكم اتفاقي نصاً وفتوى ، بقي الكلام في أنه لا يخلو اما أن يكون هذا التنازع قبل التصرف واستيفاء المنافع كلاً أو بعضاً ، أو بعده ، وعلى الأول لا اشكال في رجوع كل مال الى صاحبه ، وعلى الثاني فلا يخلو اما أن يكون مدعى الاجارة المالك أو المتصرف ، فان كان المدعى المالك ، والحال أن المتصرف حلف على انكار الاجارة ، انتفت الاجارة ، وعلى المتصرف أجره المثل ، عوض ما تصرف فيه ، فان كان أجره المثل زائدة على ما يدعيه المالك من المسمى في العقد بزعمه ، فانه لا يجوز له أخذ الزيادة ، لاعترافه بأن المسمى في العقد أقل من ذلك ، فلا يستحق أزيد منه ، وان وجب على المتصرف دفعها لولم يدفعها سابقاً ، وحرمت المطالبة بها ان دفعها سابقاً ، وان كان المسمى يزعم المالك زائداً على أجره المثل ، فان هذه الزيادة تنتفي بانتفاء الاجارة بعد اليمين ، فليس للمالك طلبها ، ولا يجب على المنكر دفعها ، وان دفعها سابقاً استرجعها ، وان كان مدعى الاجارة هو المتصرف ، والمالك ينكرها ، وينكر الاذن في التصرف مطلقاً ، فقد عرفت أن القول قوله يمينه ، وحينئذ إذا حلف انتفت الاجارة ، واستحق أجره المثل لما تصرف فيه المستأجر بزعمه ، فله المطالبة بها ان لم يكن قبض قدرها سابقاً ، وان زادت عن المسمى بزعم المستأجر ، لأن المسمى قد بطل بانتفاء الاجارة ، وصار الحكم هو أجره المثل ، وأما لو زاد المسمى فانه لا يجوز له أخذه لانكاره الاجارة وبطلانها باليمين ، وان كان يجب على المستأجر دفعه لاعترافه به ، ولو قبض المسمى سابقاً لم يكن للمستأجر المطالبة بالزائد لاعترافه به ، وان كان المالك يعترف أيضاً بانه لا يستحقه ، ويضمن المستأجر العين في هذه الصورة ، لثبوت كون التصرف غصباً ، بخلاف الأولى التي يدعى المالك فيها

الاجارة ، فان العين باعترافه أمانة في يد المستأجر ، نعم لو أنكر الاجارة واعترف بالاذن في التصرف ، فلا ضمان أيضاً للخروج عن الغصب بالاذن ، والله سبحانه العالم . ومنها التنازع في قدر العين المستأجرة بان ادعى المستأجر انك آجرتني الدار بأجمعها بمائة درهم ، فقال المالك بل أجرتك بيتا خاصا منها بمائة درهم ، والمشهور أن القول قول المنكر لاصالة عدم وقوع الاجارة على الزائد عما يعترف به المالك ، وقيل بالتحالف هنا ، لأن كلا منها مدع ومنكر فالمستأجر يدعى استيجار الدار كاملا ، والمالك ينكر ذلك ، والمالك يدعى اجارة البيت خاصة ، والمستأجر ينكر ذلك .

وظاهر المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد الميل الى هذا القول ، قال رحمة الله عليه : وأما المستأجر فالظاهر فيه التحالف ، لأنه بانكار أحدهما وحلفه لم ينقطع الدعوى والنزاع ، إذ قد ينقلب الحالف ويدعى الاستيجار في العين الأخرى ، فلا بد من سماع دعواه ، ورده على وجه شرعي وليس الا بأن يكون القول قول منكره مع اليمين ، وكذا هو الظاهر في دعوى قطعه قباء وقبيصاً ، ولعل المصنف لم يذكر التحالف بناء على عدم دعوى الآخر ، وأما مع دعواه فالظاهر التحالف فتأمل ، انتهى .

وحاصله ان ما ذكره هنا من أن القول قول منكر الزيادة يمينه لا يحسم مادة النزاع ، لأنه متى حلف المالك الذي هو منكر لاجارة الدار كاملا اتفقت الاجارة المدعاة ، لكن لو رجع على المستأجر وادعى عليه اجارة البيت بتلك الأجرة التي اتفقا عليها ، والمستأجر ينكر ذلك ، لأنه إنما يدعي الدار كاملاً لا بيتاً منها خاصة ، فلا بد من المخرج من هذه الدعوى ، وليس الا بحلف المستأجر لانكاره تلك الدعوى فيكون القول قوله يمينه ، وهو كلام وجيه .

وفي المسالك بعد أن نقل هذا القول اجمالاً قال ، والأقوى ما اختاره المصنف لاتفاقهما على وقوع الاجارة على البيت ، وعلى استحقاق الأجرة المعينة ، وان كان

توزيعها يختلف بحسب الدعوى ، إنما الاختلاف في الزائد فيقدم قول منكروه ، وضابط التحالف أن لا يتفقا على شيء كما لو قال : آجرتك الشيء الفلاني ، فقال : بل الفلاني ، أو آجرتك البيت فقال : بل الحمام ، ومثله ما تقدم في البيع إذا اختلفا في قدر المبيع ، وفي تعيينه ، فالقول بالتحالف هنا دون البيع غير جيد ، انتهى .

وفيه ما عرفت أنفاً من أن هذا إنما يتم لو لم يرجع المالك ، ويدعي على المستأجر ما ذكره من اجارة ذلك البيت المخصوص وإلا فانه بعد دعواه هذه لا يخرج منها إلا أن يحلف المستأجر ، فمادة الاشكال ودفع القيل والقال لا يتم الا بالتحالف ، على أن ما ذكره من اتفاقهما على وقوع الاجارة على البيت ، وعلى استحقاق الاجرة المعينة مما لا يسمن ولا يغني من جوع ، وان كان الأمر كما ذكره بالنسبة الى ظاهر الدعويين ، إلا أنه متى حلف المالك على نفي اجارة الدار واتفت الاجارة ، والمستأجر لا يدعي البيت ، بل ينكره فأى ثمرة لهذا الاتفاق ، بل لا وجود له ، وهكذا الكلام في الاجرة ، وما ذكره من الاستناد الى ما تقدم في البيع وأنه كيف يقال بالتحالف هنا دون البيع ، ففيه أن القول بالتحالف ثمة أيضاً بوجوده ، وان كان خلاف ما يختاره كما هنا (قدس سره) وقد قدمنا نقله في جملة من صور الاختلاف بين المتبايعين في المطلب الرابع في اختلاف المتبايعين من الفصل الرابع في احكام العقود (١) .

وأما ما ذكره من القاعدة في التحالف فاني لم أقف عليها إلا في كلامه في هذا الموضع ، وفي كتاب البيع ، ولا يحضرني الآن شيء من الأخبار الواردة بالتحالف ، ولعل هؤلاء القائلين بالتحالف لا يثبتون هذه القاعدة ، على أنه بناء على ما ذكرناه من وجه التحالف في الصورة المذكورة ، فانها ترجع الى هذه القاعدة أيضاً لانهما لم يتفقا على شيء ، وان أوهم تصوير المسئلة ذلك في بادى الرأي ، لأنه متى كان المالك يدعى اجارة البيت خاصة ، والمستأجر ينكره ، والمستأجر يدعى اجارة

الدار كمالاً ، والمالك ينكره ، فهو من قبيل الامثلة التي ذكرها ، ولا مخرج من هاتين الدعويين الا بالتحالف ، كما لا يخفى ، والله سبحانه العالم .

ومنها ما لو اختلفا في رد العين المستأجرة فانه لا اشكال في أن القول هنا قول المالك يمينه ، لأنه منكر ، والاصل عدم الرد ، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه ، فلا يقبل قوله في الرد مع مخالفة الأصل ، وبهذا فرقوا بينه وبين الودعي حيث أن المشهور في الودعي أن القول قوله في الرد ، وعللوه بأنه قبضه لمصلحة المالك فهو محسن محض ، « وما على المحسنين من سبيل » والتحقيق في الفرق بين الودعي والأجير إنما هو ما قدمناه في كتاب العارية من أن قبول قول الودعي إنما هو من حيث كونه أميناً ، وقد دلت الأخبار التي قدمناها في كتاب الوديعة على أن الأمين ودعياً كان أو غيره من الأمانة يقبل قوله فيما يدعيه بغير اليمين ، وإن كان المشهور بينهم ضم اليمين .

وأما الأجير فاتهم وإن ادعوا أنه أمين فهو غير مسلم ، كما تقدمت الإشارة اليه في المسئلة الرابعة والعشرين ، لأنه عامل بأجرة ، فهو من قبيل المعاديات ، وبالجمله فانه غير داخل في اطلاق تلك الأخبار ، وحينئذ فيرجع في حكمه الى القاعدة المتفق عليها ، وهي أن البيئته على المدعي ، واليمين على المنكر ، بخلاف الودعي وغيره ممن يكون أميناً ، فانه يعمل فيه بمقتضى تلك الأخبار ، وبها تخصص أخبار تلك القاعدة المتفق عليها ، الا أنهم لعدم وقوفهم على الأخبار التي قدمناها في الوديعة ، إنما عللوا قبول قول الودعي بما ذكره هنا ، من أنه محسن ، « وليس على المحسنين من سبيل » بخلاف من قبض لثمن نفسه ، وهو تعليل عقلي اسطلحوا عليه ، ولادليل عليه في الأخبار .

ومنها ما لو اختلفا في قدر الأجرة فقال الشيخ في المزارعة من الخلاف : الذي يليق مذهبنا أن تستعمل فيه القرعة فمن أخرج اسمه حلف ، وحكم له به ، لاجماع الفرقة على « أن كل مشتبه يرد الى القرعة » وقال في المبسوط : إذا

اختلفا في قدر المنفعة بأن يقول : أكريتها شهراً ، أو يقول : الى الكوفة ، فيقول : بل الى شهرين أو الى بغداد ، وفي الأجرة قال قوم : يتحالفان ، وقال قوم : ان كان قبل مضي المدة تحالفا ، وان كان بعدها في يد المكترى لم يتحالفا وكان القول قول المكترى ، كما في البيع القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة ، وهذا هو الذي يقتضيه مذهبنا ، وان قلنا يرجعان الى القرعة ، فمن خرج اسمه حلف وحكم له به كان قويا ، وقال ابن الجنيدي : اذا اتفقا في المدة والمكان واختلفا في الأجرة فكل منهما يدعي ما يجوز بمثله في الاجارة في العرف ، كان الأجير مدعياً فضل أجرة في مال المستأجر ، وعليه البيئنة ، وكذلك ان اختلفا في الجنس ، فيقول الأجير قفيز حنطة ، ويقول المستأجر خمسة دراهم ، هذا اذا انقضت المدة أو ركبت الدابة ، وان كان قبل العمل أو الركب ، ولم تقم بيئنة ولم يسأل أحدهما يمين الآخر تعالفا وانفسخت الاجارة . .

وقال ابن البراج : ان لم تكن بيئنة تعالفا ، فان نكل أحدهما عن اليمين كان القول قول الآخر مع يمينه ، فان حلفا جميعاً أو نكلا معاً عن اليمين انفسخ العقد في المستقبل ، وكان القول قول مالك الدار مع يمينه في الماضي ، فان لم يحلف كال له أجرة مثلها عما سكنه المستأجر .

وقال ابن ادريس : القول قول المستأجر وعلى المالك البيئنة ، وقال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال ، ثم قول ابن ادريس أخيراً : وهو الوجه ، لنا أنه منكر ، ولو أقام كل منهما بيئنة قدمت بيئنة المدعي ، لأن القول قول المنكر وللتحالف وجه ، لأن كل واحد منهما مدع باعتبار ، وكذا القرعة ، وقد تقدم ما في البيع .

أقول : والمشهور بين المتأخرين هو ما ذكره ابن ادريس ، وهو الأنسب بمقتضى قواعدهم ، لأنهما قد اتفقا على العقد ، وعلى انتقال العين المستأجرة والمدة ، وثبوت الأجرة التي يدعيها المستأجر ، وانما الخلاف فيما زاد عنها ، فأحدهما

يدعيه ، والآخر ينكره ، والأصل عدمه ، فالقول قول المنكر يمينه ، إلا أن المسئلة لما كانت خالية من النص فلاشكل فيها مجال .

وبالجملة فان المسئلة هنا جارية عندهم على ما تقدم في البيع من الاختلاف في قدر الثمن ، وقد تقدم نقل الأقوال فيها كما هنا ، إلا أن ثمة نص ، لكنه مخالف لمقتضى قواعدهم ، فأخذ به بعض ، وأطرحه آخر ، وقد تقدم تحقيق الكلام فيه ثمة .

وأنت خير بأن قول جملة هؤلاء الفضلاء بالتحالف في المسئلة فتوى أو احتمالاً مما يوهن الضابطة التي ادعاه الشهيد الثاني في التحالف ، وأنها ليست ضابطة كلية ، للاتفاق على وقوع العقد والمدة والعين المستأجرة مع أن هؤلاء قالوا : بالتحالف فيها ، والضابطة المذكورة تضمنت أن لا يتفقا على شيء ، فلو كان الأمر كذلك لما خرج عنها جملة هؤلاء الفضلاء من العلامة ومن قبله ، فان العلامة هنا وان رجح ماذهب اليه ابن ادریس إلا أن ظاهره احتمال التحالف ، والقرعة كما هو أحد الأقوال المذكورة .

ومنها ما لو اختلفا في التلف فظاهر جملة من المتأخرين وهو قول الخلاف وجملة من أتباعه : أنه لاضمان على المستأجر ، بل القول قوله يمينه ، لأنه أمين وقيل : بالضمان ، وأن القول قول المالك ، إلا أن يقيم المستأجر على ما ادعاه البيئنة ، أو يكون المدعى مشهوراً ظاهراً : وقد تقدم الكلام في هذه المسئلة ، ونقل الأقوال والأخبار المتعلقة بها كملاً ، والكلام فيها بما رزق الله سبحانه فهمه منها في المسئلة الرابعة والعشرين .

وقال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد نقل عبادة المصنف المتضمنة لاختيار القول الثاني ماصورته : وقيل : القول قولهم مع اليمين ، لأنهم امناء وهو أشهر الرايتين ، وكذا لو ادعى المالك التفريط فانكروا القول بضمانهم

مع عدم البيّنة هو المشهور ، بل ادعى عليه الاجماع ، والروايات مختلفة ، والأقوى أن القول قولهم مطلقاً ، لأنهم امناء ، ولالأخبار الدالة عليه ، ويمكن الجمع بينها وبين ما دل على الضمان بحمل تلك على ما لو فرطوا أو آخروا المتاع عن الوقت المشترك ، كما دل عليه بعضها ، انتهى .

أقول : لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه بعد الاحاطة بما قدمنا تحقيقه في المسئلة المذكورة ، وذلك فإن روايات المسئلة بعد حمل مجملها على مفصلها ومطلقها على مقيدها ، لا تخرج عن ثلاثة أقسام ، فقسم منها تضمن أن كل ما جنته يد الصانع والعامل سواء كان عن تفريط أم لا فهو ضامن ، وأن ذلك قاعدة كلية في كل من أعطى الأجر ليصلح ، فأفسد .

وقسم منها تضمن أن مع دعوى التلف فانه يضمن ، إلا أن يقيم البيّنة أو يكون التلف ظاهراً مشهوراً كالغرق والحرق والغارة ، ونحو ذلك .

وقسم منها تضمن أنه مع دعوى التلف فان كان ثقة مأموناً غير متهم ، فلا ضمان عليه ، وإلا فهو ضامن ، وكل من الأقسام الثلاثة اشتمل على روايات عديدة ، وليس فيها ما يدل على ما ادعاه وغيره ممن قال بهذا القول ، سوى رواية واحدة وهي صحيحة معوية بن عمار (١) ، وقضية الجمع بين الأخبار تقييدها بما دلت عليه أخبار المسئلة ، كما ذكره الشيخ ، وبذلك يظهر لك ما في قوله أن القول قولهم يمينهم وهو أشهر الروايتين ، فانه ليس في أخبار المسئلة على كثرتها وتعددتها سوى رواية معوية بن عمار المذكورة ، فمن اين هذه الشهرة ، فان أراد الروايات الواردة في غير هذه المسئلة كالواردة في الوديعة ونحوها مما يدل على ان الأمين لا يضمن ، وأن القول قوله ، فهو مسلم ولكن روايات هذه المسئلة خاصة ، وكلها على كثرتها متفقة على الضمان الامع البيّنة ، أو ظهور الأمر ، أو كونه ثقة مأموناً ، وتلك الروايات مطلقة ، ومقتضى القاعدة تقديم العمل بهذه الروايات وتخصيص تلك

وكذا يظهر لك ما في قوله أن الروايات مختلفة فيما لو ادعى المالك التفريط فأنكروا ، فان فيه أن روايات المسئلة منحصرة في الأقسام الثلاثة التي ذكرناها ، وليس في شيء منها ما يتضمن هذا الفرد الذي ذكره ، وحينئذ فان أراد بما ذكره روايات القسم الاول ، وهومادل على وجوب الضمان على كل من أعطى الاجر ليصلح فأفسد ، فقد تقدم أنها متفقة على هذا الحكم ، وأتهم بأنهم جعلوه قاعدة كلية ، ولا مخالف لها في شيء من الأخبار ، وان اراد أخبار القسم الثاني فهو قد أشار إليه في صدر كلامه ، وذكر أن كون القول قولهم هو أشهر الروايتين .

وبالجملة فان روايات القسم الثاني الدالة على أنه يضمن مع دعوى التلف دالة على الضمان ، أعم من أن يكون بتفريط أدلا بتفريط ، وأنه يجب الضمان الا مع قيام أحد الأمور الثلاثة المتقدمة ، ثم أنه على تقدير القول بما اختاره من أن القول قول المستأجر يمينه ، لأنه أمين ، فالكلام في اليمين هنا كما تقدم في الوديعة والعارية ، من عدم وجود دليل على اليمين ، بل ظاهر الأخبار وبه قال جملة من الأصحاب كما تقدم في الوديعة ، أنه لا يمين ، وإنما يقبل قوله من غير يمين ، بل القول بذلك هنا أضعف لعدم وجود دليل دال على قبول قول المستأجر بالكلية ، فضلاً عن أن يضم اليه اليمين ، بل الأخبار كلها بعد ضم بعضها الى بعض متفقة على وجوب الضمان عليه ، الا مع قيام أحد الأمور الثلاثة المتقدمة ، وما ادعاه هو وغيره من أنه أمين فيترتب عليه قبول قوله في التلف ممنوع ، إذ لا دليل عليه بل الدليل كما عرفت واضح في خلافه ، لاتفاق الأخبار على تضمينه في التلف الا مع قيام البينة ، أو شهرة الأمر به ، أو كونه مأموناً من دعوى الكذب ، على أنه لو كان أميناً لقبولوا قوله في الرد ، مع أنهم منعوا من قبوله كما عرفت ، والله سبحانه العالم .

ومنها مالو دفع إلى الخياط ثوباً فقطعه قباء مدغياً اذن المالك ، فقال المالك إنما أمرتك بقطعه قميصاً ، وقد اختلف كلام الشيخ في ذلك ، فقال في كتاب الوكالة من الخلاف : القول قول الخياط ، وفي كتاب الاجارة منه : القول

قول صاحب الثوب ، وبه قال ابن ادريس ، وقال في المبسوط : القول قول الخياط ، وقال قوم : القول قول رب الثوب ، وهو الصحيح ، واحتج بأن الثوب له ، والخياط مدع للاذن في قطع القباء فعليه البينة ، وإذا فقدها فعلى المالك اليمين ، ولأنهما لو اختلفا في أصل القطع كان القول قول رب الثوب ، فكذا في صفة القطع .

وقال في الخلاف : وكنا قلنا في ما تقدم في هذه المسئلة أن القول قول الخياط ، لأنه غارم ، وأن رب الثوب يدعى عليه قطعاً لم يأمره به ، فيلزمه بذلك ضمان الثوب ، فكان عليه بذلك البينة ، فإذا فقدها وجب على الخياط اليمين . وقال في المختلف بعد ذكر هذا الكلام من أوله الى آخره : وهذا أيضاً قوي ، وهذا يدل على تردده ، والحق ما ذكره في الخلاف أولاً وقواه في المبسوط ، انتهى .

أقول : وكلامه مؤذن بنوع تردد في ذلك ، فانه قوى ما ذكره من تعليل الشيخ للقول بأن القول قول الخياط يمينه ، ثم قال : والحق ما ذكره في الخلاف الى آخره ، وهو يعطى اختياره القول بتقديم قول صاحب الثوب ، الا أن عبارته لا يخلو من ردائه ، فان اختياره لما ذكره في الخلاف أو لا أن أراد بهذه الأولية باعتبار ما قدم نقله عنه والذي قدمه إنما هو أن القول قول الخياط ، وان أراد الأولية باعتبار ذكره المسئلة في الخلاف فهو يتوقف على مراجعته ، وأن المقدم فيه هو كتاب الاجارة على كتاب الوكالة .

وكيف كان فانك قد عرفت العلة في كل من القولين ، وأن العلة في تقديم قول المالك أن الخياط يدعى عليه الاذن في هذا القطع المخصوص ، والأصل عدمه ، وانه كما يقدم قول المالك لوتنازعا في أصل الاذن وعدمه فكذا في صفته ، لأن مرجعه الى اذن مخصص .

والعلة في تقديم قول الخياط أن المالك يدعى عليه الأرض ، فيكون غارماً ، والأصل عدمه فيقدم قوله في نفي ذلك من نفسه ، وان لم يثبت له الأجرة .

والمسئلة كما ترى عارية عن النصوص ، والتعليلان متدافعان ، ولو قيل :
 بالتحالف جمعاً بين هذين التعليين لأمكن ، فان الخياط من حيث دعوى المالك
 الأرض عليه ، والأصل عدمه ، يقدم قوله في ذلك يمينه ، ومن حيث دعواه الاذن
 على المالك وأنه يستحق الأجرة بناء على ذلك ، والمالك منكر ، فيقدم قول المالك
 في هذه الدعوى ، لاصالة عدمها كما تقدم ، فيتحالفان لقطع هاتين الدعويين ، والايراد
 بأن ذلك مخالف لمقتضى قاعدة التحالف المتقدمة مردود ، بما تقدم ، من عدم ثبوت
 القاعدة المذكورة ، وتصريح جمع من الأصحاب بالخروج عنه في كتاب البيع وفي
 هذا الكتاب .

ثم انه على تقدير القول بتقديم قول المالك يمينه واستحقاقه الأرض فهل
 هو عبارة عن تفاوت ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً وقباًء فعلى هذا لو صلح لهما فلا
 أرض ، أو عبارة عن تفاوت ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ، لأن القطع على هذا
 الوجه الذي يدعيه الخياط عدوان ، احتمالان : ذكرهما في المسالك ، والله
 سبحانه العالم .



والى هنا تم الجزء الحادى والعشرون حسب تجزئتنا بحمد الله ومنه ، وقد
 بذلنا الجهد غايته في تصحيحه ومقابلته للنسخة بقلم المصنف (طاب ثراه)
 ويتلوه الجزء الثانى والعشرون في كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى
 ونرجو من الله التوفيق على طبع بقية الأجزاء
 والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله
 على محمد وآله الطاهرين



فهرس الجزء الحادى والعشرين من كتاب الحدائق الناضرة

الصفحة	الصفحة
٢٩	٣ كتاب الضمان
يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة	٥ يشترط في الضامن جواز التصرف المالى
دون المستقبلية	٧ ضعف أدلة القائلين باعتبار علم الضامن
المشهور صحة ضمان المجهول	بالمضمون له والمضمون عنه
٣١ واختلفوا فيما يرجع اليه ...	١١ اشتراط رضى المضمون له في صحة
جواز ضمان الاعيان المضمونة	الضمان وعدمه
٣٣ جواز ضمان العهدة	١٣ هل المعتبر مجرد رضى المضمون له
٣٧ تسمية هذا الضمان بضمان العهدة	كيف اتفق أم لا ؟
٣٩ اذا خرج المبيع مستحقاً رجع على	١٥ لم تجد دليلاً شافياً على عدم اشتراط
٤١ الضامن	رضى المضمون عنه
٤٣ اذا اختلف الضامن والمضمون له في	١٧ يشترط في الضامن المسالة أو العلم
قبض مال الضمانة	باعتباره
٤٥ اذا رضى المضمون له من الضامن ببعض	١٩ صور الضمان وحكمها
المال أو ...	٢١ رجوع الضامن على المضمون عنه بما
٤٦ كتاب الحوالة	دفعه الى المضمون له ان ضمن باذنه
٤٧ أركان الحوالة ثلاثة	٢٣ رجوع الضامن على المضمون عنه بأقل
٤٩ ان رضى المحيل والمحتال ركن	الأمرين فيما دفع عروضاً
دون رضى المحال عليه	٢٥ عدم جواز ضمان المضمون عنه عن
براءة المحيل من حق المحتال	الضامن ما ضمنه عنه
بمجرد الحوالة	٢٧ اختلف الأصحاب في مال الكتابة
٥١ شرائط صحة الحوالة	المشروطة
٥٣ يشترط تساوى المالين جنساً ووصفاً	
٥٥	

٦٤٦ فهرس الجزء الحادى والعشرين من الحقائق الناضرة ج ٢١

٥٧	إذا أحال المشتري البايع بالثمن ثم	٨٩	يصح الصلح مع الاقرار والانكار
	رد المبيع بعيب سابق فهل تبطل الحوالة	٩١	يصح الصلح مع العلم بالمتنازع فيه وجهه
	أم لا ؟	٩٣	في صور الجهل بالمتنازع فيه
٥٩	متى قلنا بطلان الحوالة بأي سبب كان	٩٧	أركان الصلح أربعة
	فقد برئت ذمة المحال عليه	٩٩	إذا وقع الصلح بين شريكين على أن
٦١	لو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة		يكون الربح والخسران على أحدهما
٦٢	كتاب الكفالة	١٠١	لو كان معهما درهمان فادعاهما
٦٣	اعتبار رضى الكفيل والمكفول له		أحدهما وادعى الآخر أحدهما
	والمكفول	١٠٣	لو أودع رجل دينارين وآخر
٦٥	للمكفول له مطالبة الكفيل باحضار		ديناراً فضاء دينار منها
	المكفول عاجلاً	١٠٥	لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما
٦٧	حكم من ضمن غيره الى أجل وقال إن		ولآخر ثوب بثلاثين درهماً ثم اشتبها
	لم آت به كان عليّ كذا	١٠٧	لو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم
٧٣	حكم اطلاق القريم من يد صاحب الحق	١٠٩	لو ادعى اثنان عيناً في يد ثالث
٧٥	احضار المكفول قبل الأجل		بالمناصفة فصدق المدعى عليه أحدهما
٧٧	إذا تكفل رجلان بيدن رجل لرجل...		فيما يدعيه
٧٩	إذا مات المكفول براء الكفيل وكذا	١١١	جواز مصالحة المدعى عليه المنكر
	لو جاء ...		على سقي زرعه بمائه وعدمه
٨١	الواجب في عقد الكفالة الاثبات بلفظ	١١٣	لو قال المدعى عليه صالحنى عليه
	يدل على ذلك		لا يكون ذلك اقراراً بالملك
٨٢	كفالة الجزء الذى تبقى الحياة بعد	١١٥	يجوز اخراج الراشن والأجنحة
	زواله		الى الطرق النافذة
٨٣	كتاب الصلح	١١٧	يجوز اخراج الراشن ... سواء
٨٥	لا يشترط في صحة الصلح سبق نزاع		عارضه فيه مسلم أم لم يعارضه أحد
٨٧	الاختلاف في كونه عقداً برأسه أو فرعاً		

١٤٧ كتاب الشركة	١١٩ عدم جواز اخراج الراشن
١٤٩ الشركة اجتماع حقوق الملاك في	والأجنحة في الطرق المرفوعة
الشيء الواحد على سبيل الشياخ	١٢١ بقاء حق الأولوية بعد سقوط
١٥١ أركان الشركة ثلاثة	الروشن و ...
١٥٣ ان المراد بالشركة ما امتزج من	١٢٣ لو كان في السكة المرفوعة أبواب
المالين واشتبه فيه التمييز بين الحقوق بحسب الظاهر	بعضها أدخل من الآخر
١٥٥ يكره مشاركة المسلم لأهل الذمة ..	١٢٥ الجدار بين المملكين
والشركة قد تكون في عين ...	١٢٧ الاختلاف في الرجوع بعد وضع
١٥٧ الشركة في العروض الغير المثلية	الخشب المعار
١٥٩ أنواع الشركة	١٢٩ اذا رفع صاحب الجذوع جذوعه
١٦١ وجه تسمية شركة العنان	فهل يحتاج اعادتها باذن جديد أو لا ؟
١٦٣ اذا اشترط أحدهما زيادة الربح مع	١٣١ لو تداعيا جداراً
تساوى المالين	١٣٣ لو أراد أحد الشريكين عمارة الجدار
١٦٥ صحة اشتراط الزيادة اذا كان العمل	المشترك ...
من أحدهما	١٣٥ لو اختلفا في خص قضى به لمن اليه
١٦٧ ان الشركة في الحقيقة توكيل	معاقد القمط
وتوكل ويترتب عليها حكمها	١٣٧ اذا كان البيت لرجل وعليه غرفة
١٦٩ ان الشريك أمين وان القسمة براسه	لآخر فتداعيا جدران البيت
أمر موجب لتعليك الشريك	١٣٩ التنازع في سقف البيت الذى هو
١٧١ انه مع الضرر على الكل وعدم	أرض الغرفة
ضرورة لانبجوز القسمة	١٤١ اذا خرجت أغصان الشجرة الى
١٧٣ متى حصلت القسمة بين السهام ...	ملك الجار
فلا بد للتعين ... من القرعة	١٤٣ لو تنازع راكب الدابة وقابض
١٧٥ ظاهر الأخبار صحة الاقتسام مع	لجامها
تراضيهما من غير توقف على قاسم ...	١٤٥ لو تداعيا جلاً كان بيديهما

٦٤٨ فهرس الجزء الحادى والعشرين من الحقائق الناضرة ج ٢١

١٧٧	لاصح قسمة الوقف	٢٠٩	متى صحت المضاربة فللعامل تولى
١٧٩	اذا استوفى أحدهما من المشتري شيئاً		ما يتولاه المالك
	من الثمن يشار كه فيه الآخر	٢١١	المراد بالسفر هنا هو العرفي وبالنفقة
١٨١	اذا استوفى أحدهما من ثمن المشترك		ما يحتاج اليه ...
	شيئاً كان بينهما	٢١٣	مقتضى اطلاق الاذن هو البيع نقداً
١٨٣	اذا استوفى أحدهما من المال المشترك		بثمن المثل من نقد البلد
	شيئاً كان بينهما	٢١٥	لو خالف العامل ما دلّ عليه اللفظ
١٨٥	ان في المقام اشكالا		بخصوصه أو اطلاقه
١٨٧	عدم صحة الشركة في سقاء على أن	٢١٧	تبطل المضاربة بموت كل منهما
	يكون الجمل من أحدهما والروية	٢١٩	يشترط في مال القراض أن يكون
	عن الآخر		عيناً لا ديناً و ...
١٨٩	عدم حصول الشركة لو احتطب بنية	٢٢١	يعتبر معلومية مقدار مال القراض
	انه له ولغيره		ولو مشاعاً
١٩١	لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما ...	٢٢٣	لو أخذ مالاً للمضاربة مع عجزه عنه
١٩٣	الدعوى بين الشريكين وبين المشتري	٢٢٥	اذا قارض المالك الغاصب على مال
	والشريك		المغصوب
١٩٥	اختلاف المشتري والشريك غير البايع	٢٢٧	لو مات رب المال والمال عروض في
	في القبض		يد العامل
١٩٧	ما يترتب على بطلان شركة الأبدان	٢٢٩	ان المضارب يستحق من الربح ما
١٩٩	كتاب المضاربة		وقع عليه الشرط
٢٠١	اعتراض المحقق (قده)	٢٣١	يشترط في الربح الشيع
٢٠٣	في العقد وما يلحق به	٢٣٣	الفروع المترتبة على اعتبار الاشاعة
٢٠٥	يلزم العمل بما شرط فلو خالف		في الربح
	ضمن ويكون الربح بينهما	٢٣٥	لو شرط أحدهما لقلامه حصه
٢٠٧	دلالة الأخبار بكون الربح بينهما		من الربح صح
	مع المخالفة	٢٣٧	لو دفع المالك مال القراض في مرض
			الموت

ج ٢١ فهرس الجزء الحادى والعشرين من الحدائق الناضرة ٦٤٩

٢٦٧ يجوز تعدد كل من العامل والمالك	٢٣٩ الأقوال الأربعة في تحقق ملك العامل
٢٦٩ لو اشترى العامل شيئاً للقراض قتل	٢٤١ ان العامل أمين
التمن قبل دفعه الى البائع	٢٤٣ اذا اشترى العامل من ينعق على
٢٧١ اذا دفع اليه مالاً قراضاً وشرط عليه	المالك باذنه
أن يأخذ له بضاعة	٢٤٥ اذا اشترى العامل من ينعق على
٢٧٣ عدم جواز وطء جارية اشتراها	المالك بغير اذنه
للقراض	٢٤٧ اذا كان مال القراض لامرأة فاشترى
٢٧٥ اذا مات وفي يده أموال مضاربة	العامل زوجها
٢٧٧ كتاب المزارعة	٢٤٩ لو اشترى العامل أباه أو من ينعق عليه
٢٧٩ وقوع المزارعة بلفظ الأمر	٢٥١ لما كان القراض من العقود الجائزة
٢٨١ عدم اعتبار كون الأرض ملكاً	فلكل من المالك والعامل فسخه
لأحدهما	٢٥٣ قالوا متى فسح المالك وكان المال ناضاً
٢٨٣ لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع	لا ربح فيه فللعامل اجرة المثل
٢٨٥ اشتراط أن يكون النماء مشاعاً بينهما	٢٥٥ اذا كان المال سلفاً بعد فسح عقد المضاربة
تساويهما فيه أو تفاضلاً	٢٥٧ لا يجوز أن يضارب غيره إلا باذن
٢٨٧ هل يجوز أن يستأجر الأرض	المالك
بالحنطة ويزرعها حنطة أم لا ؟	٢٥٩ لو لم يأذن له فلا يصح القراض الثانى
٢٩١ هل يجوز أن يستأجر الأرض بحنطة	ويكون النصف الآخر لمن ؟
منها أم لا ؟	٢٦١ لو أنكر العامل مال القراض... وأن ليس
٢٩٣ فيما لو استأجر الأرض بالأكثر	لأحد استحقاق شيء من الربح حتى
ولم يحدث فيها شيئاً	يستوفي المالك جميع رأس ماله
٢٩٥ في الجمع بين الأخبار	٢٦٣ ان التالف من مال التجارة بعد دورانه
٣٠١ المناقشة في باقى أتعاء الجمع	فيها يجبر بالربح
٣٠٣ في اشتراط تعيين المدة وعدمه	٢٦٥ تبطل المضاربة اذا تلف مال التجارة
	قبل دورانه

٣٠٥ هل يعتبر في المدة امتدادها الى ادراك	٣٣٥ في مناقشة المحقق الأردبيلي (قده)
الزراعة علماً أو ظناً غالباً	٣٣٧ في كفاية المعلوماتية في الجملة في
٣٠٧ لو مضت المدة والزرع باق	المؤنة والخراج
٣٠٩ لو ترك العامل المزارعة حتى انقضت	٣٣٩ يجوز لصاحب الأرض أن يخبر
المدة	على الزارع
٣١١ لو أمكن الاقتناع ثم تجدد انقطاع الماء	٣٤١ استقرار ما يخبر من شروط السلامة
٣١٣ اطلاق المزارعة يقتضى زراعة ماشاء	٣٤٣ عدم جواز جعل شيء من الحصة
٣١٥ حكم زراعة العامل ماهو أضر	للبقر والأرض والبذر
٣١٧ اجارة الأرض للزراعة مع عدم	٣٤٧ استحباب المزارعة والغرس
انكشاف الماء عنها	٣٤٩ استحباب ما يقال ويفعل وقت الغرس
٣١٩ اذا استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس	والزرع
فيها ما يبقى بعد المدة غالباً	٣٥١ كتاب المساقاة
٣٢١ في بطلان استيجار الأرض مدة ليغرس	٣٥٣ كفاية مطلق الألفاظ الدالة على
فيها ما يبقى بعد المدة غالباً	التراضى بالمساقاة
٣٢٣ صحة المزارعة اذا كان من أحدهما	٣٥٥ لا تبطل بموت المساقى ولا بموت
الأرض والباقي من الآخر	العامل ولا بموتهما معاً
٣٢٥ صحة عقد المزارعة بين الثلاث والأربع	٣٥٧ صحة المساقاة في كل ما يقصد ورقه
٣٢٧ صحة وقوع المزارعة بلفظ الاجارة	أو ورده
وعدها	٣٥٩ عدم صحة المساقاة على ودعى أو
٣٢٩ لو ادعى الزارع العارية وانكر المالك	شجر غير ثابت وفي الثابت اشكال
وادعى الحصة والاجرة	٣٦١ الكلام في الركن الرابع وهو العمل
٣٣١ اختلاف الزارع والمالك في العارية	٣٦٣ في الأعمال المختصة مع الاطلاق
والمزارعة والاجارة	بالعامل
٣٣٣ يجوز للعامل ان يشارك غيره في العمل	٣٦٥ في الأعمال المختصة مع الاطلاق
بالحصة المعلومة	بالمالك

٣٦٧ صحة اشتراط العامل أن يعمل غلام المالك معه	٣٩٥ كتاب الوديعه
٣٦٩ يشترط أن يكون للعامل جزء مشاع من الحاصل	٣٩٧ مشروعيه الوديعه بالأدلة الأربعة
٣٧١ قالوا يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر	٣٩٩ انه يكفى ما يدل على الاستتابة وقبولها مطلقا
٣٧٣ قالوا يجوز أن يشترط رب الأرض على العامل شيئاً من ذهب أو فضة	٤٠١ الصور الخمسة المتصورة في طرح الوديعه عنده
٣٧٥ كل موضع يحكم بفساد المساقاة فيه فللعامل اجرة المثل	٤٠٣ وجوب حفظ الوديعه وعدم الدرك عليه مع عدم التفريط
٣٧٧ اذا استأجر المالك أجيراً للعمل بجزء من الثمرة	٤٠٥ عدم الضمان لو اخذت منه قهراً
٣٧٩ في قوله ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن اساقيك على هذا الآخر بالثلث	٤٠٧ انه لو تمكن من دفع الظالم عن الوديعه لوجب
٣٨١ اذا هرب العامل بعد العمل وقبل اتمامه	٤٠٩ وجوب اليمين اذا توقف الحفظ عليها
٣٨٣ اذا ادعى المالك ان العامل خان أو سرق أو أتلف	٤١١ بطلانها بالموت والجنون والاعفاء من أحد الطرفين
٣٨٥ اذا ظهر المساقى عليه مستحقاً للغير	٤١٣ في صور الأمانة الشرعية وفي كيفية حفظ الوديعه
٣٨٧ ظهور الاصول مستحقاً للغير بعد ظهور الثمرة	٤١٥ حكم الاتفاق على الدابة المودعة
٣٨٩ ان الفائدة تملك بالظهور	٤١٧ جواز تولي المستودع علف الدابة وسقيها بنفسه أو غلامه
٣٩١ قيل كل من كان البذر منه وجب عليه الزكاة	٤١٩ عدم جواز نقل الوديعه متى ما عين له موضع الى ما هو دونه ولا الى ما هو أحرز
٣٩٣ بطلان المغارسة والحكم المترتب عليه	٤٢١ عدم صحة وديعه الطفل والمجنون ولا ايداعهما
	٤٢٣ وظيفة المستودع اذا ظهر له امارات الموت

٦٥٢ فهرس الجزء الحادى والعشرين من الحقائق الناضرة ج ٢١

٤٢٥	وجوب رد الوديعة الى المالك متى طلبها	٤٥٩	دعوى رد الوديعة الى المأذون من المالك
٤٢٧	حكم الوديعة اذا لم يعرف صاحبها	٤٦١	اذا أنكر الوديعة ثم اعترف بها
٤٢٩	لوم مزج الفاصب الأمانة بماله وأودع الجميع		وادعى التلف
٤٣١	انه يضمن بترك كل ما يتوقف عليه الحفظ	٤٦٣	اذا اعترف بالوديعة ثم مات
٤٣٣	انه يضمن مع ايداعها الغير من غير ضرورة ولا اذن	٤٦٥	اذا ادعى الوديعة اثنان
٤٣٥	تنبيهات	٤٦٧	صور ادعاء الاثنين الوديعة
٤٣٧	بماذا يتحقق التفريط في الوديعة	٤٦٩	لواختلغا في القيمة بعد ثبوت التفريط
٤٣٩	بماذا يتحقق التعدى في الوديعة	٤٧١	اذا اتجر الودعى بالوديعة بغير اذن المالك
٤٤١	جواز الامتناع والتأخير في دفع الوديعة الى أن يشهد	٤٧٣	لواختلف المالك ومن عنده الوديعة في أنه وديعة أو دين
٤٤٣	الامور المعتبرة في تحقق الضمان بالبحود	٤٧٥	كتاب العارية
٤٤٥	حكم هتك الحرز	٤٧٧	ان العارية مما ثبتت بالكتاب والسنة والاجماع
٤٤٧	في التعدى عما اذن له في الاجارة	٤٧٩	اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين
٤٤٩	حكم فتح القفل وأخذ بعض الوديعة	٤٨١	في المواضع المستثناة عن جواز الرجوع فيها
٤٥١	يجوز فسخ الوديعة أي دقت شاء المستودع	٤٨٥	عدم جواز الانتفاع بالعارية في غير الجهة المعينة
٤٥٣	في عود حكم الوديعة بعد رفع اليد عن التعدى والتفريط	٤٨٧	شروط المعير والمستعير
٤٥٥	اذا انكر الوديعة أو أقر بها ولكن ادعى التلف	٤٨٩	عدم جواز استعارة الصيد للمحرم
٤٥٧	في قبول قول الودعى في دعوى التلف بلا يمين	٤٩١	استعارة المقصوب
		٤٩٣	عدم جواز التخطي عن القدر المأذون فيه

ج ٢١ فهرس الجزء الحادى والعشرين من الحدائق الناضرة ٦٥٣

٤٩٥ جواز اعارة المنحة	٥٢٩ لو ادعى الراكب الاجارة والمالك
٤٩٧ العارية من العقود الجائزة وللمالك الرجوع فيها	العارية المضمونة بعد تلف العين وقبل مضي مدة لها اجرة
٤٩٩ عدم وجوب اجابة بذل المعير قيمة البناء وكذا المستعير قيمة الارش	٥٣٠ كتاب الاجارة
٥٠١ الانتفاعات الجائزة للمعير والمستعير	٥٣١ الاجارة ثابتة بالنص كتاباً وسنة واجماع علماء الخاصة والعامة
٥٠٣ عدم جواز اعارة المستعير العين بدون اذن المالك	٥٣٣ الاجارة من العقود اللازمة
٥٠٥ الروايات الدالة بعدم ضمان المستعير إلا في موارد	٥٣٥ الأخبار الدالة على اتساع الدائرة في العقود
٥٠٧ موارد ضمان العارية	٥٣٧ الأخبار الدالة بعدم بطلان الاجارة بالبيع
٥٠٩ في مدلول الروايات	٥٣٩ اختلاف الفقهاء في بطلان الاجارة بالموت
٥١١ علاج تعارض الروايات	٥٤١ عدم بطلان الاجارة بموت أحد منهما
٥١٣ حمل الأمين على من لم يفرط في حفظها بعيد جداً	٥٤٣ كل ما يصح اعارته ... يصح اجارته ... وان العين ... امانة
٥١٥ لو استعار الدابة الى مسافة مخصوصة فتجاوزها	٥٤٥ اشتراط الضمان عليه من غير تعد ولا تفریط
٥١٧ اذا حمل السيل حباً لرجل أو نوى قُتبت في أرض غيره بغير علمه	٥٤٧ اعتبار كمال المتعاقدين ومعلومية الاجرة في الجملة
٥١٩ لا اشكال في الضمان مع اشتراطه	٥٤٩ اعتبار كون الموجر مالكاً للمنفعة
٥٢١ لو ادعى المستعير الاعارة وادعى المالك الاجارة	٥٥١ اعتبار معلومية المنفعة في الجملة
٥٢٥ اذا فرط في العارية ثم تلفت	٥٥٣ جواز اجارة الحائط المزوق للتنزه
٥٢٧ اختلافهما في القيمة بعد التفريط على تقدير تلفه	٥٥٥ اجارة الآبق مع الضميمة
	٥٥٧ قالوا : اذا اتهم المسكن كان للمستأجر فسخ الاجارة

٥٨٩ مايتوقف عليه توفية المنفعة هل هو على الموجهر أو المستأجر ؟	٥٥٩ عدم جواز عمل الأجير الخاص لغير من استأجره
٥٩١ مايشترط في اجارة الدابة للمسير عليها	٥٦١ تملك الاجرة بنفس العقد
٥٩٣ وجوب قيام المستأجر بعلف الدابة وسقيها	٥٦٣ لو وجد في الاجرة عيباً سابقاً على وقت القبض
٥٩٥ في ضمان المستأجر بالتعدى وعليه اجره المثل في الزيادة	٥٦٥ في اشتراط نقص الاجرة على تقدير عدم الحمل في الوقت المعين
٥٩٧ في بيان من عليه نفقة الأجير	٥٦٩ قول الموجهر : آجر تك كل شهر بكذا
٥٩٩ في المراد من الرواية المستدل بها	٥٧١ عدم وجوب تسليم الاجرة إلا بتسليم العين المستأجرة
٦٠١ فيما يشترط في الاجارة على حفر البئر	٥٧٣ عدم توقف استحقاق الأجير مطابقة الاجرة بعد اتمام العمل على تسليم العين المعمول فيها
٦٠٣ جواز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة ولو بدون الزوج	٥٧٥ حكم اشتراط عدم الاجرة في العقد وحكم ترك الاجرة فيه
٦٠٥ لو استأجر ظئراً للارضاع لم يلزمها غيره	٥٧٧ كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته
٦٠٧ اجارة المرأة للارضاع خارجة عن قاعدة الاجارة	٥٧٩ المنفعة تملك بنفس العقد كما تملك الاجرة
٦٠٩ جواز اجارة الدراهم والدنانير	٥٨١ في أنه هل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد أم لا ؟
٦١١ اطلاق اجارة الدراهم والدنانير انما ينصرف الى المنافع التي هي المعهود الشرعي	٥٨٣ فيما دل على اقتضاء اطلاق العقد اتصال زمان الاجارة به
٦١٣ لو وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً يوجب الرد	٥٨٥ في عروض تلف العين أو نقصان المنفعة
٦١٥ تلف العين في يد الصانع هل يوجب الضمان أم لا ؟	٥٨٧ في اشتراط تعيين المحمول بالمشاهدة أو الكيل أو الوزن
٦١٧ الأخبار الدالة على ضمان الصانع	

ج ٢١ فهرس الجزء الحادى والعشرين من الحقائق الناضرة ٦٥٥

٦١٩	الأخبار الدالة على عدم ضمان الصناع	٦٣٣	فيمن أمر شخصاً بعمل فعمله فعليه
	إذا كانوا مأمونين		اجرته
٦٢١	الجمع بين الأخبار الواردة في الصناع	٦٣٥	فيما تنازع الموجر و المستأجر
	ونحوها		في قدر العين
٦٢٣	في ضمان المولى ما أفسده عبده الذى	٦٣٧	اختلافهما في رد العين المستأجرة
	آجره	٦٣٩	اختلافهما في قدر الاجرة
٦٢٥	في صحة اجارة العبد فيما أعترق بعدها		والتلف
٦٢٧	نفقة العبد في تلك المدة المستأجر عليها	٦٤١	دلالة الروايات الواردة في صورة
	على بيت المال ...		التنازع
٦٢٩	إذا آجر الأب أو الوصي الصبي أو	٦٤٣	حكم ما لو دفع الى الخياط ثوباً
	شيئاً من ماله		فقطعه قباء ...
٦٣١	من تقبل عمالاً لم يجز أن يقبله غيره	٦٤٤	ختم الكتاب
	منقصة	٦٥٥	الفهرس







